ÜBER

URSPRUNG UND WIRKUNG

DER

EXCEPTIONEN.

VERFASST ZUM ZWECKE

DER

HABILITATION AN DER UNIVERSITÄT LEIPZIG

VON

DR. JUR. OTTO LENEL.





HEIDELBERG 1876.
GUSTAV KOESTER.



Vorwort.

Zweck der vorliegenden Schrift ist die erneute Bestätigung der Lehre von der bloss historischen Bedeutung der römischen Exceptionen. Keine neuen Resultate also darf man von derselben erwarten: nur Verteidigung des bereits Gewonnenen gegen erhobene Angriffe, Vermehrung der Beweisgründe, hie und da einen veränderten Gesichtspunkt.

Im ersten einleitenden Capitel werden die Begriffe des subjectiven Rechts und der Actio erörtert. Ich weiche in der Auffassung dieser Begriffe von der herrschenden Meinung erheblich ab; ohne deren vorherige Klarstellung schien mir eine befriedigende Behandlung insbesondere der Theorie der Exceptionswirkung nicht möglich.

Das zweite Capitel weist im Anschluss an Eisele und Zimmermann den prätorischen Charakter der Exceptionen nach; durch ausführliche Untersuchung der Stellung der Exceptionen im *b. f. iudicium* wird dargetan, dass Eisele's Lehre auch von dieser Seite her unangreifbar ist.

Aufgabe des dritten Capitels ist es festzustellen, ob und inwiefern die Wirkung der Exceptionen sich principiell oder im Einzelnen von derjenigen der civilen Verteidigungsgründe unterscheidet.

Ein Schluss fasst die Ergebnisse kurz zusammen.

Bezüglich der Citate sei bemerkt, dass ich die Compendien der Pandekten und des römischen Civilprocesses, ferner Iherings Geist des römischen Rechts, Bekkers Actionen, die Monographien von Eisele (die materielle Grundlage der Exceptio. Berlin, 1871.) und Birkmeyer (die Exceptionen im *bonae fidei iudicium.* Erlangen, 1874.), sowie Zimmermanns kritische Bemerkungen zu Eisele's Schrift (Giessen, 1872.) bloss mit den Namen der betreffenden Schriftsteller anführe.

Möge diese Erstlingsarbeit nachsichtige Beurteilung finden.

Mannheim, im April 1876.

Der Verfasser.

Inhalt.

Erstes Capitel.

Recht und *Actio.*

Seite

§ 1. I. Der Begriff des subjectiven Rechts 1

Das Recht nicht Macht, sondern Staatswille. Inhalt des Rechtsbegriffs: Anspruch und Zwangsbefugniss. Der Rechtszweck gehört nicht zum Rechtsinhalt.

II. Der Begriff der *Actio.*

§ 2. A. Der Begriff der processualen *Actio* 14

Actio im processualen Sinne = Formula, insofern diese Condemnationsbefehl ist. Beweis: die Erteilung der Exceptio gilt den Römern als bedingte Verweigerung der Actio.

§ 3. B. Der Begriff der privatrechtlichen *Actio* 24

Entstehung dieses Begriffs aus dem der processualen Actio. Die Actio ein Recht auf Condemnation. Die Actio die Zwangsbefugniss des römischen Privatrechts.

Zweites Capitel.

Der Ursprung der Exceptionen.

§ 4. Einleitende Bemerkung (Literatur) 38

Erster Abschnitt.

Zur Geschichte der *Exceptio.*

§ 5. I. Die *Exceptio* ein prätorisches Institut 41

Exceptionen weder im Legisactionen- noch im Sponsionsprocess. Entstehung der Exceptionen im Formularprocess. Die Exceptionsformel. Prätorischer Charakter der Excep-

Seite

tionen: 1. in der *formula in ius concepta*, — die sogenannten Civilexceptionen; 2. in der *formula in factum concepta*.

§ 6. II. Der Ursprung der Exceptionen in der *Aequitas* 56
Ursprünglicher Begriff der *Aequitas*. Seine Umbildung unter der Einwirkung des römischen Formelnsystems. Die Exceptio des classischen Rechts keine blosse Billigkeitsverteidigung.

§ 7. III. Die *Exceptio* in der *extraordinaria cognitio* 59
Ursachen des Uebergangs der Exceptio in die *extraordinaria cognitio*. Insbesondere: die Exceptionen sind auch hier *ante litem contestatam* vorzubringen.

Zweiter Abschnitt.

Die Exceptionen im *bonae fidei iudicium*.

§ 8. Einleitung 63
Die *exceptiones doli* und *pacti* wurden im *b. f. iudicium* ohne Exceptionsformel beachtet und blieben gleichwohl Exceptionen. Die *b. f. actiones* Civilactionen. Schluss auf die Möglichkeit civilrechtlicher Exceptionen, die keiner Exceptionsformel bedürfen, anscheinend gerechtfertigt. Uebersicht des folgenden Gegenbeweises.

§ 9. I. *Exceptio doli inest bonae fidei iudiciis* . . 69
Der Satz beruht nicht auf Auslegung der *intentio*, sondern auf dem *officium iudicis*. Das *officium iudicis* war nicht an den Inhalt der *intentio* gebunden und, wenn auch selbst kein objectives Recht, so doch durch besondere objective Normen geregelt. Das *o. i.* macht sich im Arbitrium und im Endurteil geltend. Warum Recht für den Richter und nicht unmittelbar für die Parteien? Das *o. i.* im *b. f. iudicium*. Die *Usurae ex mora*. Unser Satz.

§ 10. II. Die sogenannte *ipso-iure*-Wirkung der *exceptio doli* im *b. f. iudicium* 86
Die discretive Function des Worts *ipse*. Relative und darum stets bloss negative Bedeutung der Worte *ipso iure*. Die fünf Gegensätze, zu deren Betonung *ipso iure* dient. *Ipso iure* hier = „ohne dass es der Erteilung einer Exceptio bedarf". Resultat.

Drittes Capitel.

Die Wirkung der Exceptionen.

§ 11. Einleitende Bemerkung 99
Uebersicht des Folgenden.

Seite

I. Die Exceptionswirkung im Allgemeinen.

§ 12. A. Der Begriff des gehemmten oder unwirksamen Rechts 100

Kritik der gegnerischen Begründung dieses Begriffs. Logische Unhaltbarkeit desselben.

§ 13. B. Das exceptionsmässige Recht kein Recht . . . 106

Beweis aus den Begriffen der privatrechtlichen Actio und Exceptio. Bestätigung durch die Quellen. Wirkung der dilatorischen Exceptio. Das exceptionsmässige dingliche Recht.

§ 14. Insbesondere von den Liberations-Ansprüchen . 112

Charakter dieser Ansprüche: sie gehen auf Feststellung des Rechtsverhältnisses. Erklärung ihrer Entstehung.

II. Die materiellen Eigentümlichkeiten der Exceptionswirkung.

§ 15. A. Im Allgemeinen 117

Die exceptionsmässige Schuld wird regelmässig gleich der civilen Nichtschuld behandelt. Insbesondere: das Zurückbleiben einer Naturalobligation und die Möglichkeit engern oder weitern Umfangs der activen und passiven Zuständigkeit sind keine Eigentümlichkeiten der Exceptionswirkung.

B. Die Wiedererweckbarkeit des exceptionsmässigen Rechts.

§ 16. 1. Die Wiedererweckung der Rechte überhaupt . 119

Logische Möglichkeit der Wiedererweckung. Regelmässige Unerweckbarkeit der civil vernichteten Rechte. Ausnahmen durch die Pendenzconstruction ermöglicht. Beispiele. Gibt es Wiedererweckungsgründe, die ausschliesslich für das exceptionsmässige Recht gelten?

2. Der Verzicht auf Exceptionen.

§ 17. a. Durch Vermächtniss? 127

In welchem Sinne enthält das *legatum debiti sub exceptione* einen Verzicht auf die Exceptio?

§ 18. b. Unter Lebenden 131

Regelmässige Verzichtbarkeit der Exceptionen unter Lebenden. Weitgehende Ausnahme hievon.

Schluss 135

Die Exceptionen sind dem heutigen Rechte fremd. Die

Seite

wirkliche blosse Anfechtbarkeit kann nie verteidigungsweise geltend gemacht werden. Alle Verteidigung ist Verneinung des Klaganspruchs.

Beilage. Ueber den Satz *ipso iure compensatur* . . . 139

Der Satz ist kein römisches Rechtssprichwort. Der Ausdruck *ipso iure* kann nicht in allen hieher bezogenen Stellen den gleichen Sinn haben. Quelleninterpretation.

Quellenregister.

I. Nicht-Justinianische Quellen.

Seite

Cicero, de invent. II. 19, 57 21. 56
de offic. III. 15, 66 und *67* . . 80
ad Attic. V. 21, 12.
VI. 2, 7 . . . 48
VI. 1, 15 . . . 82
Valerius Maximus, VIII. 2, 1 80
Quintilianus, instit. orat. VII. 5, 3 45
Gaius, II. 255 107
III. 181 109
IV. 47 . . . . . 58. 70
IV. 114 . . . . . 72. 79
IV. 116 . . . . 23. 91 fg.
IV. 118 . . . 46. 49 fg.
IV. 133 . . . . 44 fg.
Fragm. Vatic. 94 . . 64. 69 fg.
Cod. Theod. de legit. hered. (5. 1) c. 8 96
Theophil. ad § 30 J. de action. (4. 6) . . . 141. 150
ad § 1 J. de except. (4. 13) 60

II. Justinianische Quellen.

1. Institutionen.

de action. (4. 6) pr. . . . 26
eod. § 30 . . . . . . 78. 141. 149
de except. (4. 13) § 2. 5 . 23

2. Digesten.

Seite

de pactis (2. 14) l. 17 § 1 92
l. 27 § 2 92
de dolo (4. 3) l. 7 § 3 . . 80. 83
l. 7 § 9 . . 132
de minor. (4. 4) l. 16 § 1 . 86 fg.
de iudiciis (5. 1) l. 40 pr. 76
de h. p. (5. 3) l. 38. 39 § 1. 58 77
de r. v. (6. 1) l. 68 . . . 28
de usufr. (7. 1) l. 57 pr. . 125
de nox. act. (9. 4) l. 27 pr. 90. 111
l. 28 . 96
de iureiur. (12. 2) l. 3 pr. l. 7 18 fg.
de condict. indeb. (12. 6) l. 10 110
de pec. constit. (13. 5) l. 3 § 1 56
l. 17 . 91
de instit. act. (14. 3) l. 11 § 7 92
de SC Maced. (14. 6) l. 1 pr. 19
ad SC Vell. (16. 1) l. 2 § 1 19
l. 8 § 13 127
de compens. (16. 2) l. 4 . 148 fg.
l. 10 pr. 145 fg.
l. 21 . . 142 fg.
pro socio (17. 2) l. 3 § 3 . 86 fg.
de rescind. vend. (18. 5) l. 3 64. 69 fg.
de act. emti (19. 1) l. 28 . 86 fg.
l. 49 § 1 81 fg.
loc. cond. (19. 2) l. 15 § 9. l. 16 116
l. 54 pr. . 81 fg.
de eviction. (21. 2) l. 17 . . 22

Seite

de fundo dot. (23. 5) *l. 9 § 3. l. 10* 123
de don. i. v. e. u. (24. 1) *l. 32 § 1* 94
sol. matr. (24. 3) *l. 21* . 64. 69 fg.
de lib. et post. (28. 2) *l. 9 § 1* 96
de his quae in test. (28. 4) *l. 3* 96
de condic. instit. (28. 7) *l. 7* 47
de legat. I. l. 28 pr. . . . 128 f.
l. 81 § 3 . . . 94
l. 84 § 5 . . 64. 69 fg.
de legat. III. l. 7 § 2 . . 128 fg.
de liber. leg. (34. 3) *l. 13* . 128 fg.
l. 25 . 129
de condic. (35. 1) *l. 86 i. f.* 95
ad leg. Falc. (35. 2) *l. 82* . 124 fg.
ad SC Treb. (36. 1) *l. 1 § 2* 19
l. 60 (58) pr. 81 fg.
de oper. lib. (38. 1) *l. 36* . 86 fg.
de fid. lib. (40. 5) *l. 26 § 7* 49
de lib. cau. (40. 12) *l. 20 § 3* 108
de a. r. d. (41. 1) *l. 54 § 1* 96
de except. (44. 1) *l. 2 pr.* . 22
de d. m. exc. (44. 4) *l. 4 § 33* 115
quar. rer. (44. 5) *rubr.* . . 23
l. 1 § 7 . 86 fg.

Seite

de o. et a. (44. 7) *l. 34 § 1* 86 fg.
l. 51 . . 26
de fideiuss. (46. 1) *l. 14* . . 127
l. 16 § 4 9
de solut. (46. 3) *l. 72 pr.* . 86 fg.
l. 95 § 2 . 127
l. 95 § 4 . 93
de furtis (47. 2) *l. 41 § 3* . 125
l. 42 § 1 . 92
de iure fisci (49. 14) *l. 1 § 1* 97
de verb. sign. (50. 16) *l. 10* 9
l. 25 pr. 14
l. 37 . . 76
l. 55 . . 109 fg.
l. 108 . 108
de reg. iur. (50. 17) *l. 66* . 108
l. 156 § 1 137

3. Codex.

de edendo (2. 1) *c. 8* . . . 22
de compens. (4. 31) *c. 4.* . . 144 fg.
c. 14 pr. 149 fg.
de don. i. v. e. u. (5. 16) *c. 7* 96
de repud. (5. 17) *c. 1* . . . 96
de suis et legit. (6. 55) *c. 11* 96
sent. resc. n. p. (7. 50) *c. 2* 61 fg.
de distr. pign. (8. 28) *c. 1* . 96

Erstes Capitel.

Recht und *Actio*

§ 1.

I. Der Begriff des subjectiven Rechts.

Die *exceptio* gab im römischen Rechte dem Beklagten Schutz gegen die *actio*. Die *actio* hinwieder war nur eine Seite des subjectiven Rechts, und die *exceptio* bekämpfte also notwendig auch das letztere. Jede Untersuchung über die Bedeutung der *exceptio* hat daher zur unumgänglichen Voraussetzung die Einsicht in das Wesen des subjectiven Rechts überhaupt und der *actio* insbesondere.

Noch immer bezeichnet die gemeine Meinung das subjective Recht als eine Macht oder Herrschaft, und wenn man in Betracht zieht, wie dauerhaft sich diese Definition gegenüber den bisherigen Versuchen, den Glauben an ihre Richtigkeit zu erschüttern, bewiesen hat, möchte es beinahe vergebene Mühe scheinen, einen neuen Angriff auf dieselbe zu unternehmen. Und doch ist nichts klarer, als dass das subjective Recht in Wahrheit keine Macht und keine Herrschaft ist, und zwar das dingliche so wenig als das obligatorische[1]). Kann doch die Befugniss — man denke z. B.

[1]) Die Bemerkungen von Fitting, Natur der Correalobligation S. 28 n. 31, und Dernburg, Pfandrecht I, S. 105 n. 3, sind nur gegen die Bezeichnung der Obligation als einer Herrschaft gerichtet. Dagegen trifft die vernichtende Kritik von Brinz, krit. Blätter III, S. 6 fg., den

an das Eigentumsrecht an einer gestohlenen Sache, welche der Dieb herauszugeben weder Willens ist noch tatsächlich genötigt werden kann — aller Macht ledig sein, ohne darum im mindesten aufzuhören Recht zu sein.

Dem entgegen darf man sich nicht etwa darauf berufen, dass die Verteidiger dieser Definition die Macht, für welche sie das Recht ausgeben, ausdrücklich nur eine rechtliche Macht nennen, eine solche also, die gemäss den Rechtsvorschriften zusteht. Denn fürs Erste bedeuten „Macht“ und „Herrschaft“ in unserer Sprache ein Können irgend welcher Art; durch das Beiwort „rechtlich“ aber gesteht man nur einfach zu, dass mit dem Rechte ein gewisses Können nicht notwendig, sondern nur unter der Voraussetzung verbunden ist, dass sich der in der Rechtsordnung ausgesprochene Wille vollzieht[1]); man erklärt also offen, dass wir durch jene Definition nicht erfahren, was das Recht wirklich ist, sondern nur, was es nach Absicht des Gesetzgebers sein soll. Und ferner: nehmen wir ein Recht in seiner Machtfülle, setzen wir z. B. den Fall, dass sich der Eigentümer im Vollgenusse der unbeschränktesten Herrschaft über seine Sache befindet; ist denn diese ihm kraft Rechtens zustehende Verfügungsgewalt wirklich identisch mit seinem Eigentumsrecht, ist nicht vielmehr das letztere eben doch nur das Recht auf jene?

Der Satz „Recht ist Macht“ hat seine Wurzel in einem

---

hergebrachten Rechtsbegriff überhaupt. Letzterer irrt aber, wenn er (S. 5) die Verantwortlichkeit für die falsche Definition des Rechts in erster Linie den Philosophen zuschieben zu müssen glaubt. Denn die philosophische Machtrechtstheorie — *uniuscuiusque individui naturale ius eo usque se extendit quo eius potentia* — hat mit jener Definition nichts gemein.

[1]) A. M. scheint Kuntze, Obligation und Singularsuccession S. 7. Er fragt: „Was berechtigt denn Brinz, den Begriff „der rechtlichen Macht“ bis zu dem generellen und vagen Begriff einer Macht überhaupt, in welchem die Begriffe der „rechtlichen“ und der „physischen“ Macht sich unterschiedslos aufheben, hinaufzuschrauben und von dieser künstlichen Höhe herab das Verdict über die Puchta'sche Definition zu rufen?“ Ich dächte doch, dass, wenn ein Schriftsteller von „rechtlicher Macht“ spricht, wir dadurch das Recht nicht verlieren zu fragen, was derselbe in diesem Zusammenhange unter „Macht“ verstanden habe.

Grundirrtume, der aus dem Sprachgebrauche des gemeinen Lebens in die Wissenschaft übergegangen ist, dem Irrtume nämlich, dass das subjective Recht etwas durch den Willen des Gesetzgebers Hervorgebrachtes, Gewährtes, Verliehenes sei. Es ist aber in Wahrheit das subjective Recht oder die Befugniss gar nichts von dem Willen des Gesetzgebers Verschiedenes, sondern vielmehr dieser Wille selbst[1]). Die objective Rechtsordnung enthält eine allgemeine (ausdrückliche oder stillschweigende) Erklärung des Staats darüber, was er unter bestimmten Voraussetzungen in jedem einzelnen Falle wolle; das subjective Recht ist nichts als der hieraus ermittelte concrete Staatswille. Der Staat hat z. B. im Gesetze erklärt: „so oft ein Darlehen gegeben wird, will ich, dass der Empfänger es dem Geber auf Verlangen zurückzahle." Wenn nun *A.* dem *B.* ein Darlehen gibt, so wissen wir, dass *A.*, wenn er das Darlehen zurückverlangt, den Willen des Staats für sich hat, und wir schreiben ihm desshalb, allein desshalb ein Recht auf die Heimzahlung des Darlehens zu, während es sehr problematisch bleibt, ob er durch den ihm günstigen Staatswillen jemals einen Pfennig der dargeliehenen Summe wird zurückerhalten können.

Das subjective Recht hat einen Inhalt und einen Zweck. Gewöhnlich rechnet man das, was ich hier unter Rechtszweck verstehe, bei den dinglichen Rechten zum Rechtsinhalt; richtiger aber ist es, wie sich weiter unten ergeben wird, unter dem Namen „subjectives Recht" überall nur denjenigen Staatswillen zu begreifen, welcher auf die zur Erreichung jenes Zweckes dienenden Mittel gerichtet ist. Ich betrachte zunächst den Inhalt des Rechtsbegriffs in diesem Sinne, alsdann den Rechtszweck. —

In jedem subjectiven Recht ist ein Zwiefaches enthalten:

---

[1]) Hasse, Rhein. Mus. f. Jurispr. VI, S. 9: „Dieser Wille (der Staatswille) ist es, durch den und in dem alle unsere Rechte wirklich sind." Die Worte „durch den und" wären besser weggeblieben, da die Rechte, wenn sie durch den Staatswillen wären, eben desshalb nicht in ihm sein könnten.

ein Befehl des Staats und ein Wille des Staats zu zwingen. Man wird ein Drittes vermissen, gerade das, was man sich häufig als das eigentliche Wesen der Befugniss vorzustellen pflegt: die Erlaubniss, das Wollendürfen[1]). Allein es lässt sich leicht zeigen, dass diese Vorstellung auf Täuschung beruht. Erlaubniss ist die blosse Negation des Verbots. Da nun, wenn wir uns die positive Rechtsordnung wegdenken, positivrechtlich nichts verboten und also Alles erlaubt wäre, so erhellt, dass jede im positiven Rechte enthaltene Erlaubniss nur entweder ein verschleiertes Gebot oder Verbot oder aber die Aufhebung eines bisherigen Verbots, d. h. die Wiederherstellung des *status quo ante*, bedeutet[2]). Eine wirkliche blosse staatliche Erlaubniss ohne solchen Hintergrund wäre für den Berechtigten gänzlich wertlos; denn daraus, dass ich nach dem Willen des Staats etwas tun darf, folgt noch durchaus nicht, dass der Staat entschlossen ist, mich bei diesem Tun gegen den Widerstand Anderer zu schützen oder gar durch ihre Beihilfe zu fördern[3]); gerade hierin aber liegt das Wesen des Rechts.

Jedes Recht involvirt also:

1. ein staatliches Gebot,

---

[1]) Windscheid, 3. Aufl. § 37; in der 4. Aufl. ist im Text nur mehr von Willensmacht die Rede, s. aber daselbst n. 2.

[2]) Z. B., wenn der Gesetzgeber sagt, der Käufer dürfe die fehlerhafte Waare zurückgeben, so bedeutet das: der Verkäufer soll und muss sie zurücknehmen; wenn er sagt, Jedermann dürfe beliebige Zinsen bedingen, so heisst das: es ist nicht mehr verboten, dies zu tun.

[3]) Die Betonung der Befugniss als eines Dürfens hat ihren guten Sinn bei denjenigen Philosophen, deren Rechtsphilosophie mit der Feststellung der dem Willen des Individuums gezogenen Grenzen, d. h. des verbotenen Unrechts beginnt. Von diesem Standpunkte aus ist nämlich die Befugniss nicht das Correlat fremder, sondern der Gegensatz der eigenen Verbindlichkeit des Befugten, d. h. in der Tat die Negation des Verbotenseins oder, wie Schopenhauer (Werke II, S. 400) geradezu sagt, die Negation des Unrechts. Vgl. Kant (Einl. in die Metaph. der Sitten IV): erlaubt ist eine Handlung, die der Verbindlichkeit nicht entgegen ist, und diese Freiheit — heisst Befugniss; Hegel (Werke XVIII, S. 36): das Recht enthält eigentlich nur Verbote —, und was nicht verboten ist, ist erlaubt.

welches der Staat zu Gunsten des Befugten an eine oder mehrere oder alle andern Personen — den oder die Verpflichteten — erlässt. Dies Gebot geht dahin, dass der Verpflichtete auf (ausdrückliches oder stillschweigendes) Verlangen des Berechtigten eine gewisse Handlung vornehme oder unterlasse; sein Gegenstand ist also stets eine dem Verpflichteten vom Staate angesonnene Willensbestimmung. Von Seiten des Verpflichteten angesehen und auf ihn bezogen, heisst das Gebot dessen **Rechtspflicht**, von Seiten des Berechtigten angesehen und auf diesen bezogen, dessen **Anspruch**, welcher daher mit der Rechtspflicht identisch ist. Z. B.: „*A.* hat gegen *B.* einen Anspruch auf 100“, „*B.* ist dem *A.* 100 zu zahlen verpflichtet“ sind beides nur andere Ausdrücke für die Tatsache: der Staat gebietet dem *B.*, an *A.* 100 zu zahlen.

Das Gesagte gilt selbstverständlich nicht bloss für die obligatorische, sondern ebenso auch für die sachen- und familienrechtliche Befugniss. Der Eigentümer z. B. hat als solcher gegen Jedermann den Anspruch auf Unterlassung jeden Eingriffs in seine Verfügung über die Sache; nach erfolgtem Eingriff verwandelt sich dieser Anspruch gegen den Störer in den auf Restitution [1]).

(Die Bedeutung, in der das Wort „Anspruch“ hier genommen wird, ist die von Windscheid aufgestellte und in den Entwürfen einer deutschen Civilprocessordnung recipirte [2]), nur dass in den letztern Ansprüche aller Art, wie natürlich, nur insofern vorkommen, als sie Gegenstand eines Processes sein können. Vgl. §§ 24. 28. 40. 68. 87. 132. 217 Z. 2. 278

---

[1]) Windscheid I, § 43 n. 3.

[2]) Zu Zweifeln, wie die von Bekker, II, S. 261, n. 18 angeregten, bietet der Sprachgebrauch derselben meines Erachtens keinen Anlass. Bekker bekennt, „nicht zu wissen“, ob nicht vielleicht der Anspruch des Entwurfs „mit dem Gesammtinhalt irgend einer römischen *actio*, *ex deposito* oder *ex locato* etwa, *Publiciana* oder *confessoria*, sich decken solle“. Schon der einzige § 217 Z. 2 (des 72er Entwurfs), worin von der Klage „die bestimmte Angabe des Gegenstandes — des erhobenen Anspruchs“ verlangt wird, dürfte über dies Bedenken beruhigen.

des 72er Entwurfs. Einstweilen ist eine Polemik über die juristische Function des Ausdrucks lediglich vom sprachlichen und Zweckmässigkeitsstandpunkte möglich. Nun ist einesteils sicher, dass die hier angenommene Function dem allgemeinen Sprachgebrauche nicht zuwider ist [1]); andernteils ist der Anspruch im W.'schen Sinne offensichtlich ein für das ganze Rechtssystem so fundamentaler Begriff, dass eine technische Bezeichnung desselben dringendes Bedürfniss ist. Für jede engere technische Verwendung kann das Wort sehr leicht durch Beiworte [befriedigter, unbefriedigter, verletzter, klagbarer u. s. w. Anspruch] tauglich gemacht werden.)

Im subjectiven Recht steckt ferner:

2. Der staatliche Zwangswille.

Das blosse Gebot, das blosse an den Verpflichteten gerichtete „Du sollst!" des Staats würde in sehr vielen Fällen nicht ausreichen, um denselben zum Gehorsam zu bestimmen. Daher erklärt jede entwickeltere Rechtsordnung, dass gegen den Verpflichteten, welcher dem auf den Anspruch gestützten Willen des Berechtigten keine Folge leistet, staatlicher Zwang solle in Anwendung gebracht werden können. Dieser staatliche Zwangswille wird dann concret, er wird in dem Falle und in dem Masse zur **Zwangsbefugniss**, als der Anspruch unbefriedigt ist.

Der Inhalt der Zwangsbefugniss ist nicht allgemeingültig zu bestimmen. Er kann namentlich wechseln je nach der Art, in welcher ein Recht die gerichtliche Verurteilung auffasst [2]).

Das eine Volk sieht in der Condemnation nichts als die gerichtliche Feststellung des Anspruchs, nichts als ein Glied

---

[1]) Ob sich ein Gleiches von dem Bekker'schen Vorschlage, unter Anspruch „ein Rechtsverhältniss zwischen drei Beteiligten (Activsubject, Passivsubject und Richter)" zu verstehen (Bekker, I, S. 15), behaupten lasse, wird Manchem zweifelhaft bleiben, ebenso auch, ob für das, was Bekker Anspruch nennt, eine technische Bezeichnung notwendig oder nützlich ist, vgl. auch Muther, krit. Viertjschr. XV, S. 435.

[2]) Vgl. hierher Bekker, II, S. 174.

in der Kette gerichtlicher Acte, welche am letzten Ende zur Execution hinführt. In dem Rechte dieses Volks ist die Zwangsbefugniss eine Executionsbefugniss, d. i. die Befugniss, durch staatlichen Zwang wider den Willen des Verpflichteten dasjenige Ergebniss herbeizuführen, welches, wenn er den Anspruch erfüllt hätte, durch seinen Willen herbeigeführt worden wäre.

Dem andern Volke ist (die Gründe dieses Unterschieds gehen uns hier vorerst nichts an) die Condemnation ein Act von selbständiger Bedeutung, welcher die Executionsbefugniss erst erzeugt und allein zu erzeugen im Stande ist. Das Recht eines solchen Volks kennt nur eine einzige Executionsbefugniss, diejenige, welche nebst dem Urteilsanspruch aus dem gerichtlichen Urteile hervorgeht. Neben allen übrigen Ansprüchen aber steht hier an ihrer Statt ein Recht, gegen den widerspenstigen Verpflichteten Condemnation zu erwirken [1]).

Jenes ist die Auffassung des modernen, dieses die des römischen Rechts, dessen *actio*, wie die folgenden Paragraphen dartun werden, nichts anderes ist als eben dies Recht auf Condemnation.

Die Zwangsbefugniss in jener wie in dieser Gestalt bildet ein wesentliches Element des subjectiven Privatrechts; dieselbe muss daher im System des Privatrechts und nicht etwa in dem des Processrechts erörtert werden, welches letztere vielmehr lediglich die Vorschriften über das Verfahren enthält, in welchem die Zwangsbefugniss verwirklicht werden kann [2]).

---

[1]) Leider ist die Zahl der uns zu Gebote stehenden technischen Ausdrücke beschränkt, und so muss ich bei Darstellung eines Begriffsbestandteils des subjectiven Rechts wiederum den Ausdruck „Recht" gebrauchen, der, wie ich hoffe, an dieser Stelle keinem Missverständnisse ausgesetzt ist.

[2]) Der Process dient der Verwirklichung der Zwangsbefugniss und nicht etwa — vor diesem Gedanken ist ausdrücklich zu warnen — der Erzwingung der Erfüllung des Anspruchs. Denn der Anspruch wendet sich an den Willen des Verpflichteten; der Zwang aber ist seinem Be-

Weder der Executionsbefugniss noch dem Condemnationsrechte entspricht irgend eine Rechtspflicht auf Seiten des Verpflichteten. Der Staat will, dass der Berechtigte gegen denselben exequiren oder Condemnation erlangen könne; dies Können des Berechtigten ist gleichbedeutend mit einem Dulden-Müssen des Verpflichteten und erfordert durchaus keinen Willensact des letztern. Insbesondere steht der Zwangsbefugniss durchaus keine processuale Verpflichtung gegenüber, sondern der ganze processuale Apparat mit seinen sämmtlichen dem Richter und den beiden Parteien zustehenden Rechten und obliegenden Verbindlichkeiten ist das Zwangsmittel, welches der Staat dem Berechtigten zur Verfügung stellt, um Execution, um Condemnation herbeiführen zu können. Von alledem wird bei der Darlegung des Wesens der *actio* im Folgenden noch näher die Rede sein.

Anspruch und Zwangsbefugniss gehören zum Begriffe des subjectiven Rechts, und es kann also nicht eines oder das andere fehlen und doch ein solches vorhanden sein. Es gibt aber im römischen Privatrecht überhaupt weder eine Zwangsbefugniss ohne zugehörigen Anspruch noch einen Anspruch ohne Zwangsbefugniss [1]). Jenes selbstverständlich nicht; aber auch dieses nicht. Namentlich sind die sogenannten Naturalobligationen nicht etwa positiv-rechtliche Ansprüche ohne Zwangsbefugniss; sie bestehen vielmehr auch als Ansprüche nur nach einem supponirten natürlichen Recht, während das positive Recht ihre Erfüllung nicht gebietet, sondern nur billigt. Daher können die *debitores naturales* nur *per*

---

griffe nach gegen dessen Willen gerichtet. Hiermit ist natürlich nicht ausgeschlossen, dass die Furcht vor Urteil und Execution Erfüllung des Anspruchs herbeiführen kann. Erzwungene Anspruchserfüllung aber im wörtlichen Sinne ist *contradictio in adiecto*.

[1]) An sich ist ein Anspruch ohne Zwangsbefugniss nicht undenkbar und kommt vereinzelt in modernen Gesetzbüchern vor, — nicht zum Vorteil des Ansehens des Gesetzes, weil Niemand einen Befehl ernst nimmt, hinter dem nicht der Wille steht, nötigenfalls Zwang zu üben. Als Beispiel diene *art. 213* des *code civil: — la femme (doit) obéissance à son mari.*

abusionem als wirkliche *debitores* bezeichnet werden — *l. 16 § 4 de fideiuss.* (46. 1), *l. 10 de V. S.* —, und es gilt ausnahmslos das Princip: wo keine *actio*, da auch kein Anspruch. —

Von dem Inhalt des subjectiven Rechts habe ich den Rechtszweck unterschieden.

Der Zweck eines jeden Rechts ist in erster Linie, dem Berechtigten behufs Befriedigung irgend eines Interesse [1]) den Willen des Verpflichteten in der Weise dienstbar zu machen, dass er in diesem Willen entweder kein Hinderniss oder sogar Förderung und Unterstützung findet. Eventuell aber bezweckt das Recht: entweder dem Berechtigten die Befriedigung jenes Interesse auch gegen den Willen des Verpflichteten zu ermöglichen — so regelmässig das moderne — oder ihm für die Nichtbefriedigung desselben durch Condemnirung des Verpflichteten eine Entschädigung zu verschaffen — so das römische subjective Recht. Da sich dieser secundäre Rechtszweck überall leicht aus dem primären ergibt, so werde ich der Kürze halber in den zu gebenden Beispielen immer nur den letztern namhaft machen. In diesem Sinne hat das unbeschränkte Eigentumsrecht den Zweck, jede Störung, die der Verfügungsgewalt des Eigentümers über seine Sache aus dem Willen Anderer erwachsen könnte, zu verhindern oder zu beseitigen; so hat ferner das Recht des Käufers aus dem Kaufvertrage den Zweck, diesem das *habere* der Waare durch den Willen des Verkäufers zu ermöglichen u. s. w.

Der Zweck eines Rechts kann, wie schon aus den hier gewählten Beispielen hervorgeht, niemals genau bestimmt werden ohne scharfe Präcisirung des Masses der Anforderungen, welche der Staat an den Willen des Verpflichteten stellt, beziehungsweise wider dessen Willen durchzusetzen gewillt ist. Der Staat will ja durchaus nicht unbedingt, dass der Berechtigte das betreffende Interesse zu befriedigen in der Lage

---

[1]) Dies scheint mir der festzuhaltende Kern der bekannten Ihering'schen Definition: „Rechte sind rechtlich geschützte Interessen“.

sei, sondern nur: dass der Wille des Verpflichteten ihn hiebei fördere oder nicht hindere. Er will z. B. keineswegs schlechtweg die Verfügungsgewalt des Eigentümers über die Sache, sondern nur, dass für diese Verfügungsgewalt kein Hinderniss in dem Willen der Andern liege.

Schon hieraus lässt sich ersehen, dass der Rechtszweck nicht zum Inhalt der einzelnen Rechte gerechnet werden darf; denn der Berechtigte hat darum, dass ihm seine Ansprüche und Zwangsbefugnisse zu einem bestimmten Zwecke zustehen, nicht mehr und nicht weniger als wenn ihm dieselben zu einem andern Zwecke zustünden. Hiezu kommt aber noch — was freilich bei den hergebrachten Definitionen nicht berücksichtigt zu werden pflegt —, dass oft anerkannt ein und dasselbe Recht sehr verschiedene Zwecke haben kann. So besteht z. B. in den Fällen gesetzlicher Veräusserungsverbote das Eigentumsrecht keineswegs zu dem Zwecke der Ermöglichung beliebiger Verfügung über die Sache. Würde man also diesen regelmässigen Zweck des Eigentumsrechts in dessen Definition aufnehmen, so müsste man, entgegen unbezweifelten Rechtssätzen, beispielsweise dem Mündel ein Eigentumsrecht überhaupt absprechen.

Im Sprachgebrauche des Lebens herrscht hier kein einheitliches Princip und überhaupt mehr die sinnliche Anschauung als eine geistige Durchdringung der einschlagenden Verhältnisse. Da nämlich, wo der Anspruch auf ein bloss passives Verhalten des Verpflichteten geht, wo also dem Berechtigten die Befriedigung seines Interesse ohne sichtbares Hervortreten der Person des Verpflichteten möglich wird, gewinnt es den Anschein, als ob diese Macht dem Berechtigten unmittelbar kraft seines Rechts beiwohne; man hört auf, sich der Causalität des Anspruchs und der Zwangsbefugniss für das Bestehen dieser Macht bewusst zu sein, und betrachtet die letztere als den einzigen und eigentlichen Gegenstand des Rechts. Daher spricht der Laie nicht nur von einem Rechte des Eigentümers über seine Sache zu verfügen, sondern auch von einem solchen des Mieters die Mietwohnung zu benutzen, des Pachters die Früchte zu ziehen

und dgl., dagegen nicht leicht von einem Rechte des Käufers auf das Haben der Waare, weil man sich hier meist der dem Haben regelmässig vorhergehenden sichtbaren Traditionshandlung erinnert.

Die Wissenschaft [1]) geht ebenfalls nicht bei allen Rechten den gleichen Weg. Die obligatorischen Rechte definirt sie, unter Ignorirung der in ihnen liegenden Zwangsbefugniss, als blosse Ansprüche. In der Auffassung der dinglichen Rechte dagegen folgt die *communis opinio* der sinnlichen Anschauung des Laien. Das Dogma, „dass die dinglichen Rechte zum unmittelbaren Gegenstand die Sache und zum unmittelbaren Inhalt die Herrschaft über die Sache haben“ (Windscheid, 3. Aufl. I. § 43), gilt sogar als ein Fundamentalsatz der Jurisprudenz. In Wirklichkeit ist eine solche Unmittelbarkeit der Beziehung zwischen Recht und Sache ganz unmöglich; denn der Staat kann nur wirken durch die ihm zu Gebote stehenden Mittel: Gebot an und Zwang gegen Personen. Freilich ist es wahr, dass der Eigenthümer seine Ansprüche und Zwangsbefugnisse gegen alle Welt nur desshalb hat, weil der Staat innerhalb der Grenzen der Wirksamkeit dieser Mittel seine Verfügungsgewalt über die Sache will; aber auch der Mieter hat Anspruch und Zwangsbefugniss gegen den Vermieter nur desshalb, weil der Staat, innerhalb der Wirksamkeitsgrenze dieser Mittel, will, dass der Mieter die Mietwohnung beziehen und benutzen könne. Unmittelbar ist in beiden Fällen nicht das rechtliche, sondern das tatsächliche Verhältniss des Berechtigten zur Sache, welches das Recht herzustellen bezweckt [2]).

---

[1]) Die heutige nämlich. Die Römer sind solchen rein theoretischen Untersuchungen abgeneigt und beschäftigen sich daher mit Wesen und Arten der subjectiven Rechte so gut wie gar nicht. An ihre Definitionen wird Niemand den strengwissenschaftlichen Massstab anlegen wollen.

[2]) Windscheid, die Actio des röm. Civilrechts, S. 19 sagt:

„Allerdings ist die Aufgabe der Rechtsordnung die: festzusetzen, inwiefern jedes Individuum von jedem andern Individuum verlangen könne, dass dasselbe sich seinem Willen füge. Aber dieser Wille ist nicht notwendig unmittelbar darauf gerichtet, dass ein anderes Individuum sich

Soll damit gesagt sein, dass die Unterscheidung der dinglichen von den obligatorischen Rechten überhaupt jeder gesunden Grundlage entbehrt? Durchaus nicht. Es ist ein Unterschied, ob ein Recht ein Herrschaftsverhältniss gegen Jedermanns Eingriff schützt oder den Berechtigten nur in Beziehung zu einem oder mehreren einzelnen Verpflichteten bringt. Es empfiehlt sich für das System, die Gesammtheit der zum Schutze eines solchen Herrschaftsverhältnisses bestehenden Ansprüche und Zwangsbefugnisse unter einem einheitlichen Namen (Eigentumsrecht, Niessbrauchsrecht u. s. w.) zusammenzufassen und abzuhandeln, und ferner, die sämmtlichen derartigen Rechte, welche eine Reihe gemeinsamer Eigentümlichkeiten aufweisen, in einem besondern Teile des Systems zu erörtern. Sieht man näher zu, so findet man, dass jene vielbesprochene Einteilung der Rechte denn auch nie und nirgends eine hierüber hinausgehende Erheblichkeit gehabt hat.

---

seinem Willen unterwerfe, sein unmittelbarer Inhalt kann auch die Herrschaft über eine Sache (Gegenstand) sein."

Darauf ist zu erwidern:

1. Ein Wille der letztern Art kommt nicht nur bei dinglichen, sondern auch bei allen denjenigen obligatorischen Rechten vor, die den Berechtigten in ein dauerndes Verhältniss zu einer Sache versetzen, z. B. bei Miete, Pacht, bei der *stipulatio per te non fieri quominus utar fruar* u. dgl. Oder will etwa der Mieter, der die bezogene Mietwohnung benutzen will, dies nur mittelbar, unmittelbar aber eine Macht über den Willen des Vermieters ausüben?

2. Ein solcher Wille ist bei dinglichen Rechten dann nicht vorhanden, wenn der Berechtigte nicht im Besitze ist; denn wollen (im Gegensatz zum „wünschen") kann man nur, was man zu können sich bewusst ist; hier aber kann der Berechtigte nicht unmittelbar über die Sache herrschen, sondern nur mittels Einwirkung auf den Willen des Besitzers oder Zwang gegen denselben.

3. Der Wille des Berechtigten kommt für den Rechtsbegriff in allen Fällen nur insoweit in Betracht, als er vom Staat zu dem seinigen gemacht worden ist; der Staat hat aber nicht etwa den Willen des dinglich Berechtigten über die Sache zu herrschen zu dem seinigen gemacht — sonst müsste ja auch Jedermann verpflichtet sein, dem Eigentümer seine Sache suchen und wiedergewinnen zu helfen —, sondern allein den Willen jeden Andern von der Störung jener Herrschaft abzuhalten.

Die damit verbundene Verkennung des wahren Charakters der dinglichen Rechte hingegen ist für die Theorie von grossem Schaden gewesen. Weniger durch den unrichtigen Titel „Inhalt des dinglichen Rechts“, unter welchem wir in den Lehrbüchern die zur Bestimmung des Anspruchsgegenstandes notwendige Beschreibung des tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses finden, auf dessen Schutz das dingliche Recht berechnet ist[1]), als durch die Verschwendung unendlicher Zeit, unendlichen Scharfsinns auf die unfruchtbaren Versuche, die dinglichen Rechte zu definiren. Welch ein Streiten z. B. über den wahren Eigentumsbegriff! Die tatsächliche Macht, die der Eigentümer kraft Rechtens über die Sache zu erlangen vermag, kann schrankenlos, sie kann aber auch, wenn weitgehende *iura in re aliena* begründet sind, gleich Null sein. Ist nun diese tatsächliche Macht der eigentliche Inhalt des Eigentumsrechts, so erwächst für den Definirenden die ganz unlösbare Aufgabe, die Scala von „keine Macht“ bis „unendlich viel Macht“ unter einen gemeinsamen Machtbegriff zu bringen. Wer sich die völlige Aussichtslosigkeit dieses Beginnens zum Bewusstsein gebracht hat, wird sich nicht wundern, wenn ein bedeutender Rechtslehrer den Eigentumsbegriff durch seine Unbestimmtheit bestimmen zu müssen glaubt und das Wesen des Eigentums daher legt in die „Abstractheit und die der manichfaltigsten Bestimmungen fähige Unbestimmtheit der Privatrechtsherrschaft über eine Sache“. Hätte man, statt ewig in dies Danaidenfass zu schöpfen, auf Inhalt und Schicksal der Eigentumsansprüche und -zwangsbefugnisse geachtet, so hätte man gesehen, dass der Eigentümer, welcher ein dingliches Recht bestellt, dadurch nur dem Inhaber desselben, nicht aber der übrigen Welt gegenüber eine Einbusse an seinen Ansprüchen und Zwangsbefugnissen erleidet; denn kein Dritter hat eine Einrede aus dem Rechte jenes[2]). In

---

[1]) Die Beschreibung dieses tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses ist überall da nötig, wo der Anspruch auf Unterlassung jeder Störung desselben gerichtet ist. Niemand z. B. kann seine Pflichten gegen den Usufructuar kennen, wenn er nicht weiss, was *uti frui* ist.

[2]) In hergebrachter Weise ausgedrückt: dem Eigentümer kann keine

diesem Sinne und in keinem andern ist es richtig, wenn der römische Jurist sagt, der Usufructuar nehme mir kein Stück meines Eigenthums weg „*nec falso dici totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse*“. *l. 25 pr. de V. S.* Und will man daher das Eigentum definiren, so muss es bezeichnet werden als das Recht, dessen Inhaber gegen Jedermann, mit Ausnahme allein derjenigen Personen, deren Eingriffe er wegen eines ihnen zustehenden *ius in re* oder einer ihm obliegenden obligatorischen Verbindlichkeit oder einer s. g. gesetzlichen Eigentumsbeschränkung zu dulden hat, — immer also gegen eine unbegrenzt grosse Anzahl von Personen — den Anspruch auf Unterlassung jeder Störung seiner Verfügung über die Sache und die entsprechende Zwangsbefugniss hat.

§ 2.

II. Der Begriff der *Actio.*

A. Der Begriff der processualen *Actio.*

Im Bisherigen wurde dargetan, dass die einzigen realen Bestandteile der subjectiven Rechte die Ansprüche und Zwangsbefugnisse sind. Es erübrigt uns der Nachweis unserer Behauptung, dass wir die Zwangsbefugniss des römischen Rechts in der *actio* als dem Rechte auf Condemnation vor uns haben.

Die Bedeutung der *actio* als Zwangsbefugniss — ich werde dieselbe die privatrechtliche oder materiale nennen — ist nun aber weder die einzige noch die ursprüngliche, und wir können in dieselbe nur eindringen, wenn wir uns klar machen, auf welche Weise sie aus der unzweifelhaft früheren — processualen oder formalen — Bedeutung des Wortes entstanden ist. Zu diesem Behufe ist die vorgängige Feststellung des Begriffs in dem letztern Sinne, welche im Folgenden versucht wird, unentbehrlich.

---

seiner Befugnisse absolut fehlen, sondern immer nur relativ — bestimmten Personen gegenüber. Es ist erstaunlich, dass man diese ganz unbezweifelte Tatsache bei der Definition des Eigentumsbegriffs regelmässig übersieht.

Agere hat ursprünglich, wie das Wort selbst andeutet, das gerichtliche Handeln und Verhandeln überhaupt bezeichnet. Späterhin[1]) aber ist es nur noch allein von dem Anteil des Angreifers an der Verhandlung gebraucht worden, wohl desshalb, weil er das *agere* begann, weil von ihm die Wahl der Verhandlungsart abhing, weil seinen Zwecken die Verhandlung in erster Linie diente. Daher heisst nunmehr nur der Kläger *is qui agit*, der Beklagte hingegen *is cum quo agitur*[2]). Zur Zeit der Pandektenjuristen wagte man dem Beklagten nur noch insofern vergleichsweise ein *agere* zuzuschreiben, als er sich einer *exceptio* bediente: *agere etiam is videtur qui exceptione utitur, l. 1 de exc. (44. 1);* wo man sich genaueren Ausdrucks befiiss, sagte man nur: *reum in exceptionibus partibus actoris fungi oportere. l. 19 pr. de prob. (22. 3).*

Man hat behauptet, dass, wie *agere*, so auch *actio* im processualen Sinne in unsern Quellen durchweg ein gerichtliches Handeln und zwar vorzugsweise die gerichtliche Verfolgung bezeichne[3]). Es wird zuzugeben sein, dass das Wort auch in dieser Bedeutung zuweilen vorkommt, beispielsweise in der Verbindung *actionem differre;* die regelmässige Bedeutung ist dies gewiss zur Zeit der Pandektenjuristen nicht mehr. Dass es nicht die ausschliessliche ist, geht schon aus der Rechtsgeschichte des Pomponius her-

---

[1]) Vgl. schon *Plaut. Aulul. III, 3, 10, Mil. glor. II, 5, 43, Merc. V, 4, 59,* auch die oskische *lex* der *tabula Bantina lin. 15.* In allen diesen Stellen dient das *agere (cum aliquo)* zur Bezeichnung des klägerischen Angriffs. (In gleichem Sinne später bei Cicero, *in Verr. I, 45.* Bethmann-Hollweg, I, S. 101).

[2]) Für das *agere cum aliquo* hat unsere Sprache eine Parallele in dem „mit einem ins Gericht gehen".

[3]) Windscheid, Actio S. 3. 7. 8. 67. Actio, Abwehr gegen Muther, S. 23, Pandekten I, § 44. Windscheid denkt dabei hauptsächlich oder ausschliesslich an die gerichtliche Verfolgung *in iudicio*, während umgekehrt Muther (zur Lehre von der röm. Actio S. 36) und Krüger (process. Consumtion S. 16) die *actio* als Handlung ausschliesslich auf das Verfahren *in iure* beziehen, eine Streitfrage, die für unsern Zweck auf sich beruhen kann.

vor, in welcher der Name *(legis) actio* von der feierlichen Processverhandlung, welcher er ursprünglich galt, auf deren Formel übertragen erscheint: „*deinde ex his legibus — actiones compositae sunt*“ (*l. 2 § 6 de O. J. 1. 2*), „*quum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones*“, „*hic liber qui actiones continet*“ (*l. 2 § 7 eod.*), und so auch Cicero, *de orat. I. 41*: *expositis a Cn. Flavio primum actionibus*“. Es ist aber in der Periode des Formularprocesses diese Bedeutung der *actio* als Actionsformel durchaus die überwiegende geworden. In Verbindungen wie *actionem proponere*, *comparare*, *dictare*, *edere* u. ähnl. kann *actio* auf keine Weise von einer processualen Tätigkeit verstanden werden; und, wenn man Wendungen in Betracht zieht, wie: „*actionem propositam exercere*“ — *l. 1 § 3 de eo per quem factum erit (2. 10)* — „*praetor — actionem scripsit, ut — qui gessit, actione — teneretur*“ — *L. 1 pr. de eo qui pro tut. (27. 5)* —, *qua quisque actione agere volet, eam edere debet* — *l. 1 pr. de edendo (2. 13)* — u. a. m., so wird man sich der Ueberzeugung nicht verschliessen können, dass in der ganzen Reihe vielgebrauchter Ausdrücke

> *actionem dare, tribuere, indulgere, accommodare, decernere, instituere, exercere, inferre, movere, actione uti, experiri, persequi, actionem accipere, excipere, suscipere, pati, sustinere, actione conveniri, etc. etc.*

das Wort *actio* eine und dieselbe Function, als Actionsformel, hat.

Ist nun aber desswegen, wie die herrschende Meinung [1]) behauptet, „*actio*“ gleichbedeutend mit „*formula*“?

Wenn man sich erinnert, dass der spätere Sprachgebrauch unter *agere* fast ausnahmslos nur ein Handeln des Klägers versteht, wenn man ferner bedenkt, dass die *actio* in ihrer unten zu betrachtenden materialen Bedeutung unzweifelhaft

---

[1]) Statt Vieler citire ich: Keller, § 23 (3. Aufl. S. 91): „Diese Bildung der *Formulae* oder *Actiones*“; Bethmann-Hollweg, II, § 85. *i A.*: „Daher *actio* und *formula* synonym sind“; Muther, a. a. O. S. 36: „Actio ist demnach auch die Klagformel“.

ein Recht des Klägers ist, so erhebt sich von selbst die Frage, ob es irgend wahrscheinlich, dass „*actio*" im formalen Sinne synonym sei mit „*formula*", mit dem prätorischen Befehle, der in gleicher Weise die Interessen des Beklagten wie die des Klägers zu wahren bestimmt ist. Der Zweifel wird bestärkt durch den Umstand, dass Gaius überall, wo wir mit Gewissheit annehmen dürfen, dass ihm die Formel in dieser ihrer neutralen Function vorschwebt, den Ausdruck „*formula*" und nicht „*actio*" zur Bezeichnung der *verba concepta* gebraucht [1]) — *Gai. IV.* 43, 46. 47. 50. 51. 86 — und dass auch die *lex Rubria* ihre Formeln nirgends *actio* nennt. Wir sind indess keineswegs auf solche immerhin problematische Zweifelsgründe beschränkt, sondern wir können beweisen, dass *actio* nicht identisch mit *formula*, dass vielmehr die prätorische Anweisung an den *iudex* den Namen *actio* nur insofern führt, als dieselbe dem Angriffsinteresse des Klägers dient.

Nicht als ob, gleichwie der Name „*formula*" diese Anweisung im Ganzen umfasst, so „*actio*" die Gesammtbezeichnung für die den Angriff verkörpernden Formelteile, also etwa *demonstratio, intentio* und *condemnatio* (ohne *absolutio*), gewesen wäre: eine solche Vorstellung ist in den Quellen nicht nachweisbar. Aber gleichwohl heisst die Formel *actio* nur mit Rücksicht auf die Function dieser drei genannten Stücke: *actio* ist die Formel, gedacht als Mittel, durch Beweis von *intentio* und *demonstratio* Condemnation zu erwirken, die Formel als Condennationsbefehl [2]).

---

[1]) Savigny, System V, S. 7 *n. c.* stellt die Behauptung auf, nach dem im vierten Buch des Gaius herrschenden Sprachgebrauch bezeichne *actio* vorzugsweise die materielle, *formula* die formelle Bedeutung der Klage. Damit wäre denn freilich alle Beweiskraft der im Text angeführten Stellen beseitigt. Allein schon die ersten Paragraphen des Buchs (§§ 2. 3. 4. 5. 10 etc.) beweisen, dass Savigny's Annahme nicht gegründet ist; denn eine *actio, qua agitur*, *intenditur*, *quae exprimitur ad legis actionem* u. dgl. ist doch sicherlich eine formale und nicht eine materiale.

[2]) D. h.: wenn die Römer von *actio* reden, so haben sie nicht das Bewusstsein, dass sie hiemit gewisse einzelne Clauseln aus der Gesammtformel ausscheiden, sondern sie haben die ganze Formel im Auge, aber

Der Beweis hiefür liegt in der Wirkung, welche von den Römern der Erteilung einer begründeten *exceptio* beigemessen wird. *Exceptio* ist bekanntlich eine der regelmässigen Formel zugefügte Ausnahme vom Condemnationsbefehl. Wäre nun *actio* = *formula*, so müsste die Wirkung der Exceptionserteilung folgendermassen angegeben werden: die *actio* ist erteilt, trotz erteilter *exceptio*, mag diese nun vom *iudex* begründet erfunden werden oder nicht; die *exceptio* bewirkt nur, dass die erteilte *actio* dem Kläger keine Condemnation verschafft, ihm nichts nützt. Ist dagegen unsere Auffassung richtig, so bedeutet die Erteilung der *exceptio* zwar selbstverständlich keine absolute Denegation der *actio* (*denegatio actionis* im engern, technischen Sinne); aber allerdings bedeutet sie eine **bedingte** Erteilung, bezw. Verweigerung der *actio*; denn bei wahr erfundener Exceptionstatsache ist dem *iudex* der Befehl, auf Grund der *intentio* und *demonstratio* zu condemniren, nicht erteilt; der Prätor also hat dem Kläger die *actio* für den Fall, dass die *exceptio* begründet ist, verweigert. Es soll nun dargelegt werden, dass die letztere Anschauungsweise die der Quellen ist.

In erster Linie wichtig sind einige Stellen, in denen uns der Wortlaut von Verordnungen erhalten ist, auf Grund deren Exceptionen erteilt wurden. Wir sind gewiss nicht nur befugt, sondern gezwungen anzunehmen, dass die Verfasser des Edicts *de iureiurando*, des Macedonianischen, des Vellaeanischen und des Trebellianischen Senatusconsults in den unter ihre Verfügung gehörigen Fällen durchaus nicht schlechtweg *denegatio actionis* i. e. S. eintreten lassen wollten, dass vielmehr der Prätor, welcher auf Grund dieser Bestimmungen Exceptionen erteilte, nicht gegen deren Absicht, sondern derselben gemäss handelte. Nun vergleiche man den Wortlaut:

1. des *edictum de iureiurando*.

L. 3 pr. l. 7. de iureiur. (12. 2):

---

nur von Seiten des Klägers, nur als Mittel angesehen, durch Beweis zum Siege zu gelangen.

Si is cum quo agetur condicione delata iuraverit, eius rei de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem[1]) *dabo.*

2. *des SC. Macedonianum:*

L. 1 pr. de SC. Maced. (14. 6):

— *placere ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur.*

Cf. § 7 J. quod cum eo (4. 7), wo der Inhalt des SC. mit den Worten referirt wird: *ei, qui crediderit, denegatur actio etc.*

3. des *SC Vellaeanum.*

Hier muss der Inhalt der *voluntas senatus* entnommen werden aus der frühern jurisdictionellen Uebung, für deren blosse Erweiterung das SC. seine Neuerung selbst erklärt. *L. 2 § 1 ad SC Vell. (16. 1):*

— *ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio* (Mommsen: *sit) neve in eas actio detur* —

4. des *SC. Trebellianum.*

L. 1 § 2 ad SC. Trebell. (36. 1):

— *placet, ut actiones, quae in heredem* (M. *heredes) heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum sic ut rogati essent, restituissent* —

Wenn *actio* = *formula* wäre, so wäre in diesen vier Stellen unzweideutig der Satz ausgesprochen, dass der Prätor in den betreffenden Fällen das *iudicium* (nach *causae cognitio)* zu verweigern habe, und, wenn er trotzdem *formula* mit *exceptio* erteilte, so handelte er seinem eigenen Versprechen, dem ausdrücklichen Befehle des Senats zuwider. Der Widerspruch ist so augenfällig, so handgreiflich, dass man kaum versteht,

[1]) Man bemerke, dass es hier und in den folgenden Stellen überall „*actionem*“ und nicht „*iudicium*“ heisst, sicherlich, weil die Möglichkeit, *iudicium* zu erteilen, nicht ausgeschlossen werden sollte.

wie ihm gegenüber überhaupt die Meinung aufkommen konnte, die *actio* sei dasselbe wie die Formel. Man wende nicht ein: das Edict und die Senatsconsulte bezögen sich nur auf den Fall, wo die Exceptionstatsache schon in *iure* liquid gestellt sei, der bei Illiquidität Exception erteilende Prätor handle nicht nach dem Wortlaut, sondern nur nach dem Sinne jener Bestimmungen. Denn einmal ist von einer Einschränkung der gedachten Art in denselben nicht das mindeste zu entdecken, und es wäre doch gewiss recht wunderbar, wenn zufällig alle erhaltenen Exceptionsquellen in einer und derselben Auslassung zusammenträfen, — übermässiger Lakonismus ist ja sonst wenigstens den Senatsconsulten nicht vorzuwerfen. Ferner aber beseitigt der Commentar Ulpians zum *SC. Macedonianum* und *Trebellianum* jeden Zweifel darüber, dass man in den angeführten Worten direct die Anordnung der Exceptionserteilung fand.

L. 7 § 10 de SC. Maced.:

> *Quamquam autem non declaret Senatus, cui exceptionem det, tamen sciendum est et heredem filii, si paterfamilias decesserit, et patrem eius, si filiusfamilias decesserit, exceptione uti posse.* (Der Schluss „dass er Exception gebe, erklärt der Senat" ist gewiss unabweisbar).

L. 1 § 4 ad SC. Treb.:

> *Quamquam autem Senatus subventum voluit heredibus, subvenit tamen et fideicommissario; nam in eo, quod heredes, si conveniantur, exceptione uti possunt, heredibus subventum est, in eo vero, quod, si agant heredes, repelluntur per exceptionem, — proculdubio consultum est fideicommissariis.*

Konnte Ulpian sich fast unmittelbar nach Anführung des citirten Wortlauts des SC. so ausdrücken, wenn die Exceptionserteilung nicht auf dem ausgesprochenen Willen des Senats beruhte?

Es wird ferner mehrfach (ausdrücklich oder *per argumentum e contrario*) als Wirkung der begründeten *exceptio* in den Quellen angegeben, dass sie den Kläger am *agere*

verhindere, dass sie die *actio* ausschliesse, und es wird diese Wirkung geradezu der *datio actionis* entgegengesetzt. Vom Standpunkte der hergebrachten Ansicht müssen diese Stellen von einer *denegatio actionis* i. e. S., welche um einer zuständigen *exceptio* willen erfolgt, gedeutet werden [1]. Allein, wenn man dieselben unbefangen betrachtet, so bemerkt man, dass in ihnen von einer derartigen Beschränkung keine Rede ist, dass sie vielmehr die Wirkung der *exceptio* überhaupt bezeichnen, mag dieselbe nun bereits in *iure* oder erst in *iudicio* begründet erfunden werden. Ich führe hier folgende an.

Cicero, de invent. II. 19, 57 *sq.* in der bekannten Stelle über die Translationen [2]:

> *Atque in nostra quidem consuetudine multis de causis fit, ut rarius incidant translationes. Nam et praetoriis exceptionibus multae excluduntur actiones et ita ius civile habemus constitutum, ut causa cadat is, qui non, quemadmodum oportet, egerit. Quare in iure plerumque versantur. Ibi enim et exceptiones postulantur et quodammodo agendi potestas datur et omnis conceptio privatorum iudiciorum constituitur.*

In *l. 30 § 1 de pactis* (2. 14) erörtert Gaius nachstehende Frage:

> *Qui pecuniam a servo stipulatus est, quam sibi Titius debebat, si a Titio petat, an exceptione pacti conventi summoveri et possit et debeat, quia pactus videatur, ne a Titio petat, quaesitum est.*

Nach dem Vorgange Julians wird nun ein Unterschied gemacht, je nachdem der Herr des Sklaven auf Grund der von letzterm eingegangenen Expromission mit der *actio de peculio* haftet oder nicht, und entschieden:

> *quodsi (servus) quasi fideiussor intervenit, ex qua causa in peculium actio non daretur, non esse inhibendum creditorem, quominus a Titio petat* [3]. *Aeque*

[1] So Keller § 36 im Anfang.

[2] Vgl. über dieselbe Bülow, Processeinreden S. 250 ff., auch den Commentar des *Victorinus ad h. l.*

[3] Dies *inhiberi quominus petat* ist offenbar so zu verstehen: der

nullo modo prohiberi eum deberi, si eum servum liberum esse credidisset.

L. 12 de minor. (4. 4):

Si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda, sed perinde atque ceteri per exceptionem summoveri debet.

L. 30 pr. ad S C. Vell. (16. 1):

Si decipiendi animo vel quum sciret se non teneri mulier pro aliquo intercesserit, exceptio ei Senatusconsulti non datur; actionem enim, quae in dolum mulieris competit, amplissimus ordo non excludit.

L. 40 sol. matr. (24. 3):

*Post dotem datam et nuptias contractas stipulatus est pater (*M. *non ex) filiae voluntate, divortio facto dotem dari. si condicio stipulationis impleatur et postea filia sine liberis decesserit, non erit impediendus pater, quominus ex stipulatu agat: viva autem filia, si agere vult, exceptione summovendus erit.*

L. 1 § 3 de his quae in test. (28. 4):

Sed consulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur, inconsulto vero, non repelluntur, sive legi possunt sive non possunt, quoniam, si totum testamentum non extet, constat valere omnia quae in eo scripta sunt. et si quidem illud concidit testator, denegabuntur actiones[1]*, si vero alius invito testatore, non denegabuntur.*

Cf. ferner *l. 17 § 2 i. f. de usuf. (7. 1) ict. l. 28 de noxal. act. (9. 4), l. 1 § 17 ad SC. Treb. (36. 1), l. 6 si quid*

Kläger soll in *iudicio* nicht als Kläger auftreten, d. h. er soll sich nicht auf seine *intentio* und den darauf gebauten Condemnationsbefehl berufen dürfen, weil er, wie es in *c. 8 de edendo (2. 1)* heisst, *exceptione submovetur ab intentione petitionis suae;* vgl. auch *l. 17 de eviction. (21. 2): intentione per exceptionem elisa, c. 10 de except (8. 36): actores — replicationibus suam intentionem muniunt.* Sehr deutlich ist diese Wirkung der *exceptio* betont in *l. 2 pr. de except.*

[1]) Es soll hier offenbar mit verschiedenen Worten der gleiche Erfolg ausgedrückt werden, wie oben mit dem „*exceptione repelluntur.*"

in fraudem (38. 5) und besonders der Pandektentitel 44. 5. Es ist höchst lehrreich, dass dieser Titel, welcher von den Zuständigkeitsvoraussetzungen gewisser Exceptionen, mit keinem Worte aber von einer *denegatio actionis* i. e. S. handelt, — vermutlich im Anschluss an eine Edictsrubrik — das allgemeine Rubrum führt: *QUARUM RERUM ACTIO NON DATUR.*

Gegen die Schlüsse, welche ich aus den angeführten Stellen ziehe, möchte man vielleicht einige andere Fragmente ins Feld führen, in welchen umgekehrt gesagt zu sein scheint, dass der Kläger trotz begründeter *exceptio* dennoch „*petere*“ oder „*agere*“ könne.

Allein eine nähere Betrachtung derselben — es gehören hieher namentlich *Gaius IV. 116* [1]) *§ 2. 5 J. de exc. (4. 13)* — zeigt sofort, dass eine solche Auslegung durchaus unzulässig wäre. Das *petere posse* wird nämlich daselbst dem Kläger dem Sinne nach nicht unbedingt zugeschrieben, sondern ist vielmehr unter der stillschweigenden Voraussetzung zu verstehen: „falls der Prätor **keine** *exceptio* erteilen würde.“ Dies beweist nicht nur die hier wie anderwärts, z. B. *Gai. III. 181.*, vorkommende beschränkende Fassung „*ipso iure petere, agere posse* [2])“, sondern auch der Umstand, dass abwechselnd mit „*petere posse*“ in *§ 1* u. *3 J. cit.* der andere Ausdruck „*actio efficax est*“ offenbar in gleicher Bedeutung gebraucht wird, während von einer Wirksamkeit der *actio* bei erteilter *exceptio* doch sicherlich keine Rede sein kann.

---

[1]) — *saepe — accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari. velut (si) stipulatus sim abs te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est; dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est, te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere. item si pactus fuero tecum ne id quod mihi debeas a te petam, nihilominus id ipso iure te petere possum dare mihi oportere, quia obligatio pacto convento non tollitur; sed placet debere me petentem per exceptionem pacti conventi repelli.*

[2]) Vgl. über den Sinn dieser Worte unten § 10 *sub A.*

Weit entfernt also die Zuständigkeit der processualen *actio* trotz begründeter *exceptio* zu beweisen, setzen jene Stellen — das Argument *quia iniquum est te condemnari* ist dem Sinne nach durchaus = *quia iniquum est me petere posse* — den Zweck der *exceptio* gerade darein, ein unbilliges *petere* auszuschliessen.

Die Quellen bestätigen demnach hier wie dort unsere Behauptung: *actio* ist nur dann erteilt, wenn keine Ausnahme den *iudex* hindert, den auf seine regelmässige Bedingung gestellten Condemnationsbefehl in Rücksicht zu ziehen; *actio* also im processualen Sinne ist die Formel als Condemnationsbefehl.

Hiermit haben wir den Boden gewonnen, auf dem sich uns der Begriff der privatrechtlichen *actio* von selbst ergeben wird.

§ 3.

B. Der Begriff der privatrechtlichen *actio*.

Der Versuche, den Begriff der *actio* in ihrer privatrechtlichen Bedeutung festzustellen, ist bekanntlich eine grosse Zahl. Keiner dieser Formulirungen gelang es, den allgemeinen Beifall zu erhalten.

Viele unter den Definitionen der *actio* in diesem Sinne mussten an dem Bestreben scheitern, einen Begriff, der nur unter Voraussetzung gewisser längst entschwundener historischer Verhältnisse eine Stätte in dem System des Privatrechts finden konnte, in einer Weise zuzustutzen, die ihn auch noch für den gegenwärtigen Rechtszustand brauchbar macht. Unter dem Einflusse dieser Tendenz wird der enge Zusammenhang der *actio* mit den römischen Processeinrichtungen übersehen oder auch ignorirt und werden Begriffe geschaffen, die sich mit dem römischen Begriffe nicht decken und gleichwohl für das heutige Recht ohne Wert sind. Andere erkennen zwar diesen Zusammenhang, werden aber bald durch eine irrige Auffassung der processualen *actio*

bald durch die Unbekanntheit des Wesens der Zwangsbefugniss von dem richtigen Wege abgelenkt. Namentlich kommt es hier vor, dass die *actio* als das Gegenstück irgend einer einzelnen processualen Verpflichtung, sei es des Prätors sei es des Beklagten dargestellt und so ihres privatrechtlichen Charakters entkleidet wird.

Der richtige Begriff der privatrechtlichen *actio* muss aus dem richtigen Begriffe der processualen *actio* hergeleitet werden; dieser letztere steht mit dem erstern in so enger Berührung, dass es in vielen Wendungen — ich erinnere z. B. an solche wie *actio competit, locum habet, actione teneri* — zweifelhaft bleibt, ob *actio* in dieser oder jener Bedeutung zu verstehen ist. Mit Sicherheit auf die Actionsbefugniss bezogen werden können nur Ausdrücke wie *actio nascitur, oritur, finitur, tollitur, consumitur, perimitur* — denn nur die *actio* als Befugniss, nicht aber als Formel kann entstehen und untergehen —, insbesondere aber der Ausdruck *actionem habere*, insofern hiedurch dem Berechtigten der Besitz der *actio* zugeschrieben wird, ehe er in den Besitz der *actio* als Formel (durch den Prätor) gelangt ist.[1])

Auf welchem Wege konnte nun ein Römer, noch ehe ihm *actio* erteilt war, zu der Behauptung kommen, dass er *actio* habe? Gewiss nur, indem er, unter Absehen von den Grundsätzen des processualischen Verfahrens die im Edict ein für allemal proponirten Actionsformeln hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit auf sein Rechtsverhältniss prüfte. Er nahm alle Tatsachen, welche die Grundlage desselben bildeten, als erwiesen an, setzte sich an Stelle des Richters, welchem in dem betreffenden Formular geboten war: „*si paret—condemna*“, und legte sich alsdann die Frage vor, ob auf diese *actio* die Condemnation seines Gegners erfolgen müsse. War diese Frage zu bejahen, so durfte er die *actio* seine *actio* nennen oder sagen, dass er eine — auf seinen Fall passende — *actio* habe.

---

[1]) Quellen bei Voigt, *ius naturale, aequum et bonum* u. s. w. IV. Abt. 2. S. 148.

Diese offenbare Genesis des Begriffs der *actio* als Zwangsbefugniss gibt uns zugleich Licht über den Inhalt dieser Befugniss. „Ich habe *actio*“, heisst so viel als: „mein Gegner muss vom rein privatrechtlichen Standpunkt aus (abgesehen von den processualischen Voraussetzungen) condemnirt werden.“ Wie die Actionsformel der durch *intentio* nebst *demonstratio* bedingte Condemnationsbefehl, so ist die Actionsbefugniss das Recht auf Condemnation, die Befugniss, auf Grund der entsprechenden Actionsformel Condemnation seines Gegners zu erlangen.

Nun verstehen wir die bekannte Celsinische Definition:

Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi. l. 51 de O. et A., pr. J. de action. (4. 6).

Das Recht, seine Ansprüche in einem *iudicium* bis ans Ende zu verfolgen (*persequendi*), war identisch mit dem Rechte, *condemnatio* des Gegners zu erlangen; denn diese ists, die man im *iudicium* schliesslich an Stelle seines Anspruchs erhält. Warum Celsus nicht direct sagte: „*actio est ius condemnandi — condemnare* im Sinne der *l. 6 § 5 de his qui not. (3. 2) — adversarii?* An denkbaren Gründen hiefür fehlt es nicht. Die Definition stand an ihrem ursprünglichen Orte wohl kaum so schroff für sich allein da, wie jetzt in den Digesten und Institutionen; insbesondere deutet ihre Einleitung durch die Worte „*nihil aliud est actio quam*“ entschieden auf eine Beziehung zu etwas Vorausgegangenem. Dass dies Vorausgegangene etwa eine Darstellung abweichender Ansichten über den Begriff der *actio* gewesen sein sollte, welchen der Jurist seine eigene auf die erwähnte Weise entgegenstellte, ist bei der solchen rein theoretischen Streitigkeiten abgekehrten Richtung der römischen Jurisprudenz kaum wahrscheinlich. Naheliegender ist die Vermutung, dass das „*nihil aliud est*“ bestimmt war, den juristischen Zusammenhang zwischen *actio* und Anspruch (*id quod sibi debetur*) hervorzuheben.

Die Celsinische Definition ist die Mutter gar mancher modernen Definition geworden. Man hat aus derselben bald zu wenig bald zu viel herausgelesen. Einesteils nämlich

übersetzte man das *ius iudicio persequendi* mit „Recht auf gerichtliche Verfolgung" oder kurzweg „Klagerecht"; auf diese Weise wird die *actio* aus einer privatrechtlichen zu einer processualischen Befugniss; denn gerichtlich verfolgen und klagen kann Jeder, der sich entschliesst, bei der zuständigen Behörde in der geeigneten Form gewisse Behauptungen vorzubringen und gewisse Begehren zu stellen, kann also auch derjenige, welcher aller privatrechtlichen Befugniss bar ist [1]). Von diesem Standpunkt aus gelangt man dazu, z. B. die Eigentumsklage zu erklären für „das Recht, die richterliche Entscheidung über das Eigentum herbeizuführen, welche auch negativ (absolutorisch) ausfallen kann [2])." Wie verträgt sich hiemit die unbestreitbare Tatsache, dass die Römer die *rei vindicatio* als Recht nicht jedem Beliebigen, sondern nur dem Eigentümer und dessen Cessionaren zuschreiben, während doch das Recht, die richterliche Entscheidung über das Eigentum herbeizuführen, einem Jeden zusteht, der die notwendige Unverschämtheit hat, sich vor Gericht für den Eigentümer auszugeben? Auf der andern Seite geht man zu weit, wenn man unter dem *ius id quod sibi debeatur iudicio persequendi* eine „dem Rechte inwohnende Macht, gegenüber dem widerstrebenden Willen Anderer seine Geltung zu behaupten [3])", „die Befugniss, seinen Willen (nämlich den auf Erfüllung des Anspruchs gerichteten Willen) durch gerichtliche Verfolgung durchzusetzen [4])" oder Aehnliches versteht. Eine solche Befugniss gab es im römischen Rechte, so lange demselben die Execution auf die Sache selbst fremd war, anerkannter Massen überhaupt nicht; die Furcht vor der *actio* mochte den Verpflichteten veran-

---

[1]) Ich verkenne nicht, dass die meisten derjenigen, welche „*actio*" auf die gedachte Art übersetzen, sich dieses Umstands sehr wohl bewusst sind. Allein ist es erlaubt, Bezeichnungen zu gebrauchen, die mit dem auszudrückenden Gedanken in so entschiedenem Widerspruch stehen?

[2]) Bethmann-Hollweg, II. S. XIII.

[3]) Arndts, § 96.

[4]) Windscheid, *Actio* S. 3, vgl. Pandekten, § 44.

lassen, den Anspruch zu befriedigen[1]; eigentliches Endziel der *actio* war nicht dies, sondern die *condemnatio*[2], und Niemand wird behaupten können, dass schon in der blossen Condemnation das Recht seine Geltung behaupte, der Berechtigte seinen Willen durchgesetzt sehe. Am allerwenigsten in der *condemnatio pecuniaria* des Formularprocesses. Aber selbst für die Periode nach Einführung der Realexecution sind wir durch nichts berechtigt, eine Aenderung des Begriffs der *actio* anzunehmen; die Executionsbefugniss galt vielmehr den Römern zu allen Zeiten für ein besonderes erst durch den Spruch des Richters begründetes Recht. Sie sahen den Endpunkt des Processes im Urteil, nicht wie wir in der Execution, welche ihnen daher mit dem *ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi* nichts zu tun hatte[3]. —

Die *actio* ist ein Recht auf Condemnation. Es bleibt uns noch nachzuweisen, dass dies Recht eine Zwangsbefugniss in dem oben (§ 1) bezeichneten Sinne ist, und zu erklären, wesshalb diese Zwangsbefugniss im römischen Rechte

---

[1]) Daher der Ausdruck „*per metum alicuius actionis compelli*“ z. B. in *l. 9 pr. de edendo* (*2. 13*).

[2]) Dass die *actio* das Urteil nicht überdauert, ist allgemein anerkannt, Windscheid, *Actio*, S. 72; die Meisten nehmen mit Unrecht an, dass ihr Untergang schon durch Litiscontestation erfolge: s. aber Windscheid, a. a. O. S. 47 ff.

[3]) Eine eigentümliche Illustration dieser Betrachtungsweise gewährt die interpolirte (Bethmann-Hollweg II. S. 698 fg. Dernburg, Pfandrecht II. S. 310) *l. 68 de R. V.* (*6. 1*). Durch dieses Gesetz wurde der Judex bei *actiones arbitrariae* ermächtigt, seinen *iussus* hinsichtlich der Hauptsache *manu militari* vollstrecken zu lassen und alsdann nur noch wegen der *omnis causa* zu condemniren. Hier scheint also die Executionsbefugniss allerdings zum Inhalt des *ius iudicio persequendi* zu gehören. Allein sie scheint es bloss. Denn, wenn man näher zusieht, so bemerkt man, dass die Zwangsvollstreckung sich hier als Surrogat des freiwilligen *restituere* einführt: die Execution ist nicht das erreichte Endziel der *actio*, sondern sie will — gleichwie dies von jeher der freiwillige Gehorsam gegen den Restitutionsbefehl zu bewirken vermochte — die *actio* vor erreichtem Endziel beseitigen; sie ist nicht Ende des Processes, sondern Voraussetzung der Absolution oder geminderten Condemnation.

eine so grosse Rolle spielt, während unsere moderne neben dem Anspruch uns kaum zum Bewusstsein kommt.

Prüfen wir zunächst die Versuche, welche gemacht worden sind, die *actio* — dem Wesen der privatrechtlichen Zwangsbefugniss zuwider — mit einer Rechtspflicht in Verbindung zu bringen. Zuerst von Hasse (im Rhein. Mus. VI. S. 10). Dieser identificirt die *actio* mit einer Pflicht des Staates selber. Ihm ist *actio* „das Recht zu fordern, dass der Staatswille durch sein Organ, den Richter, ein uns zustehendes Recht ausspreche und verwirkliche". Sodann von Muther (zur Lehre von der römischen *actio* S. 38. 40; krit. Vierteljahrschrift XV. S. 435), welcher die *actio* für den Anspruch gegen den Prätor auf Erteilung der *formula* erklärt. Endlich von Bekker (I. S. 15), welcher die *actio* definirt als:

> „ein Rechtsverhältniss zwischen drei Beteiligten, dem Activsubjecte, dem Passivsubjecte und dem Magistrat. Wider letzteren ein Recht publicistischer Natur, also ohne geregelten Zwangsmodus, ein Recht auf Einsetzung eines Judicium, Gewährung von Judex und Formel; wider den Passivbeteiligten auf Uebernahme des Judicium, d. h. auf die zum Zustandekommen desselben erforderliche Mitwirkung, und in dieser Richtung ist die *actio* ein echtes privates und also erzwingbares Recht."

Gegen diese Definitionen, soweit sie den Staat oder den Prätor als Verpflichteten der *actio* gegenüberstellen, ist schon der eine Umstand ausschlaggebend, dass eine solche Gegenüberstellung in den Quellen nicht die leiseste Begründung findet. Allerdings haben die Prätoren seit dem Cornelischen Gesetze vom Jahr 687 *a. u. c.*[1]) die publicistische Rechtspflicht, nach ihrem Edicte Recht zu sprechen, und also auch, processuale *actio*, da wo sie versprochen ist, zu erteilen. Allerdings hat ferner der *iudex* die Rechtspflicht, nach der Anweisung des Prätors und den gesetzlichen Vorschriften gewissenhaft zu richten, und er macht sich, wenn er dieselbe

---

[1]) *Asconius, in Cornelianam, ed. Orelli, p. 58, Cassius Dio 36, 23.*

verletzt, unter Umständen sogar privatrechtlich schadenersatzpflichtig [1]). Allein nirgends werden diese Verpflichtungen in Beziehung zur *actio* gesetzt, nirgends wird ihre Verletzung als eine Verletzung der *actio* bezeichnet. Und es ist ja auch klar: die *actio* ist durch die Existenz derjenigen Tatsachen bedingt, deren blosse Behauptung in Verbindung mit der Erfüllung gewisser anderer processualer Voraussetzungen genügt, um dem Prätor die Verbindlichkeit zur Erteilung der Formel aufzulegen [2]), und kann also mit dieser Verbindlichkeit nicht identisch sein. Der *iudex* ferner muss sein Urteil fällen nach Massgabe des Processrechts und insbesondere nach Massgabe der erteilten Formel; er muss daher, sobald ihm der Prätor befohlen hat zu condemniren, Folge leisten, mag auch der Kläger ohne alle Actionsbefugniss sein [3]), und er muss, wiewohl der Kläger Actionsbefugniss haben mag, absolviren, sofern diesem der Beweis misslungen ist. Wir sehen aus Allem: der Staat knüpft die im Wege Processes durch seine Beamten und Beauftragten zu gewährende Rechtshilfe an andere Voraussetzungen als die, von welchen die römischen Juristen das Dasein der *actio* abhängig erklären [4]).

---

[1]) Nämlich *si litem suam fecit*, d. i. — *l. 15 § 1 de iudic.* (*5. 1*) — *si dolo malo* (oder *culpa lata*) *in fraudem legis sententiam dixit*, *l. 5 § 4 de O. et A.*, *l. 6 de extr. cogn.* (*50. 13*), *pr. J. de obl. quae qu. ex del.* (*4. 5*).

[2]) Daher knüpft der Prätor, wo er sich ganz vorsichtig ausdrückt, sein Versprechen *iudicium* zu erteilen, nicht an ein „*si factum est*“, sondern an ein „*si factum esse dicetur*“. Z. B. *l. 1 § 1 de d. m.* (*4. 3*). *l. 1 pr. de his qui effud.* (*9. 3*), vgl. auch Windscheid, § 44. n. 5 a. E.

[3]) Wie in dem von Cicero, *in Verr. act. II. 2, 12*, berichteten Fall, wo der Prätor die Formel gegeben hatte: *si paret, fundum Capenatem quo de agitur ex iure Quiritium P. Servilii esse neque is fundus Q. Catulo restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam P. Servilium Q. Catulo c. s. n. p. a.*

[4]) Dieser Einwand ist (neben manchen andern) auch gegen die Definition von Voigt (*Jus naturale IV*², S. 146) entscheidend. „Der Inbegriff derjenigen Befugnisse, welche einem Subjecte zum Zwecke der Aufhebung oder Verhütung der Rechtsverletzung im Wege des Civilprocesses zukommen“, umfasst eine ganze Reihe von Befugnissen, welche von dem Dasein eines Privatrechts und seiner Verletzung durchaus unabhängig sind.

Ebensowenig aber als eine publicistische Verpflichtung des Staats oder Prätors entspricht der *actio*, wie Bekker will, eine privatrechtliche Verpflichtung des zu Belangenden zur Uebernahme des *iudicium*. Meines Erachtens galt den Juristen des Formularprocesses das *iudicium* (oder *actionem*) *suscipere, excipere, accipere* überhaupt nicht mehr als ein selbständiger Act, als ein Mitwirken des Beklagten zum Zustandekommen des *iudicium*, sondern „*iudicium suscipere cogere, compellere*" war ihnen gleichbedeutend mit „*iudicium dare*". Allein, wie dem auch sei, jedenfalls stand die Verpflichtung oder der Zwang zur Uebernahme des *iudicium* auf processualer Grundlage und hing ab nicht vom Besitz, sondern vom Behaupten der *actio* oder der sie begründenden Tatsachen und daneben noch von mancherlei andern processualen Voraussetzungen, beispielsweise von der Zuständigkeit des Magistrats. *l. 2 § 3. l. 3. 22. 36 § 1 de iudic. (5. 1), l. 30 pr. ad SC. Treb. (36. 1)*. Möglich ist zwar, dass die Erteilung der Formel bereits eine Vorentscheidung über gewisse privatrechtliche Streitpunkte enthält, z. B. über die Passivlegitimation des Beklagten [1]) und dgl.; allein damit ist nicht bewiesen, dass die *actio* ein Recht auf Uebernahme des *iudicium* ist, sondern nur, dass unter Umständen der Prätor in der Lage sein kann, vor Erteilung des *iudicium* über gewisse Voraus-

---

[1]) Da der Rechtspunkt der Passivlegitimation teils *in iure* entschieden werden muss, teils aus begreiflichen Gründen regelmässig dort zur Sprache gebracht zu werden pflegt, so findet sich zur Bezeichnung der Passivlegitimation der Ausdruck *iudicium suscipere cogi posse* am häufigsten. Man vergleiche bezüglich der Passivlegitimation des Procurators *l. 8* § *3. l. 10. 12. 14. 15 pr. 35* § ult. *46* § *3. 76 de procurat. (3. 3)*, des Tutors *l. 1* § *2 de adm. et peric. (26. 7)*, des Erben *l. 41 de iure fisci (49. 14). c. 2 de her. vel act. (4. 39)*, auch *l. 49 pr. ad SC Treb. (36. 1)*, des *dominus* oder *paterfamilias* bei der Peculienklage *l. 21* § *4 de peculio (15. 1)*, des *dominus* bei der Noxalklage *l. 2* § *1 si ex nox. caus. (2. 9) l. 13 de noxal. act. (9. 4)*, des Besitzers im Eigentumsstreit *l. 80 de R. V. (6. 1)*. Auf andere privatrechtliche Streitpunkte beziehen sich z. B. *l. ult.* § *ult. de reb. cred. (12. 1). l. 9* § *5 de tut. et rat. (27. 3)*, dagegen auf einen processrechtlichen — ein verlangtes Präjudicialdecret — *l. 24* § *3 de lib. caus. (40. 12)*.

setzungen oder Erlöschungsgründe der *actio* zu befinden. In der Formel findet die *actio* noch nicht ihre Realisirung, sondern nur ihr processualisches Gewand.

Aber treffen die Einwendungen, die hier gegen die Hasse-Muther-Bekker'sche Theorie erhoben wurden, nicht teilweise auch unsere eigene Theorie? Ist es überhaupt angänglich, eine privatrechtliche Befugniss auf einen processualen Akt, wie doch auch die *condemnatio* einer ist, zu statuiren?

Um diese Frage beantworten zu können, muss man sich den Sinn, in welchem wir die *actio* ein Recht auf Condemnation nennen, verdeutlichen. Würden wir die *actio* als ein Recht auf Condemnation bezeichnen, welches gegen den Staat oder den Richter zustehe, so würden wir allerdings denselben Einwendungen ausgesetzt sein, die wir gegen die bekämpften Ansichten geltend gemacht haben; denn es gibt nur eine Condemnationspflicht des *iudex*, nämlich die publicistische, und diese kann begründet sein, ohne dass *actio* vorhanden ist, und sie kann fehlen trotz vorhandener *actio*. Würden wir ferner die *actio* definiren als ein Recht gegen den Beklagten, wonach dieser bei dem Condemnationsact sich zu beruhigen verpflichtet sei oder dgl., so würden wiederum jene Einwürfe zutreffen; denn auch diese Pflicht ist eine rein publicistische Pflicht und an das Dasein der *actio* nicht notwendig gebunden. Unser Gedanke ist aber ein ganz anderer, ein Gedanke freilich, der bei unsern heutigen Proceseinrichtungen ausserordentlich ferne liegt: die *actio* ist das private Recht auf Condemnation, welches der *iudex* durch die Condemnation anerkennt und verwirklicht.

Im heutigen Recht ist für die Annahme einer solchen Befugniss kein Boden. Betrachten wir nämlich die Condemnation nach ihrer heutigen Function, so erscheint sie lediglich als Zwischenglied in dem processualischen Apparat, welcher auf die Execution hinarbeitet; die Execution ist das Endziel des Processes; die Condemnation will nach ihrer Idee nicht irgend eine Veränderung in dem privaten

Rechtsverhältniss bewirken, sondern dieses nur mit derjenigen Sicherheit feststellen, welche notwendig ist, damit dem Berechtigten die Ausübung seiner Executionsbefugniss gestattet werden könne. In Rom verhielt sich dies schon in der Legisactionenperiode anders. Hier war die Execution nicht der blosse Schluss des Processes, sondern selbst ein besonderer Process, der eine neue *legis actio (per manus iniectionem)* erforderte; sie war zudem — jedenfalls in der Regel — nicht auf die Sache selbst gerichtet, sondern Personalexecution[1]. Hiedurch gewann die Anschauung Boden, dass die Condemnation das Aeusserste sei, was man kraft seines ursprünglichen Rechts vom Richter erlangen könne, die Execution aber auf einer neuen, erst durch das Urteil erzeugten Befugniss, der später sogenannten *obligatio iudicati* beruhe.

Indessen würden diese Umstände für sich allein wohl ebensowenig die Römer zur Annahme eines besondern Rechts auf Condemnation veranlasst haben, wie wir Neuern uns des Daseins der privatrechtlichen Executionsbefugniss bewusst sind; wie wir diese, so würden die Römer jene, als selbstverständliches Correlat eines jeden positivrechtlichen Anspruchs, vom Standpunkte des Privatrechts unbeachtet gelassen haben, wenn nicht noch ein Weiteres — die Form der Processeinleitung durch *legis actio* und die damit gegebene Existenz besonderer Bedingungen der processualischen Verfolgbarkeit des Anspruchs — hinzugekommen wäre. Die be-

---

[1]) Ob bei *actiones in rem* statt *manus iniectio* auf den Betrag der Litisästimation auch, wie Wetzell (Vindicationsprocess S. 62 fg.) will, gewaltsame Besitznahme der Sache durch reine Selbsthilfe, oder, wie Bethmann-Hollweg (I. S. 191 fg.) glaubt, Realexecution durch *interpositum imperium* des Magistrats vorkam, ob ferner bei den *iurgia* das *duci iubere* die Stelle der *manus iniectio* vertrat (Karlowa, der römische Civilprocess zur Zeit der Legisactionen S. 164 fg.), — dies sind Fragen, welche sich bei dem Stande der Quellen mit völliger Sicherheit weder bejahen noch verneinen lassen möchten Immerhin hätte auch bei einem diesen Ansichten entsprechenden Rechtszustande die Condemnation in ganz anderer Weise den Schlusspunkt des Verfahrens bezeichnet als heutzutage, wo der urteilende Richter selbst die Execution übernimmt und solche regelmässig *in rem ipsam* geht.

schränkte Zahl der *legis actiones*, die innere und äussere[1]) Schwierigkeit, für den einzelnen Fall die richtige zu finden, rückten den Römern die Frage, ob für einen gewissen Anspruch Condemnation erlangt werden könne, in den Vordergrund, während heutzutage, wo die Klage formlos die den Anspruch begründenden Tatsachen aufzählt, diese Frage sich durch die andere: ob ein Anspruch begründet ist, von selbst beantwortet. Der Römer musste bei jedem Rechtsgeschäfte prüfen, ob und welche *legis actio* er für den ihm daraus erwachsenden Anspruch haben werde; der Nachweis, dass dieser Anspruch im Gesetze begründet sei, hätte ihm ohne die betreffende Formel nichts genützt.

Ich glaube daher, dass das Wort *actio* bereits in der Legisactionenperiode seine privatrechtliche Bedeutung gewonnen hat[2]). Nachweisbar ist diese Bedeutung erst in der Periode des Formularprocesses. Und allerdings treten hier neue Gründe ein, welche die Römer, wenn *actio* dieselbe vorher noch nicht hatte, notwendig jetzt zur Statuirung eines Rechts auf Condemnation drängten. Auf den einen dieser Gründe ist bereits von anderer Seite[3]) aufmerksam gemacht worden: der wachsende Einfluss des Prätors, welcher formell nur *actiones* zu erteilen und zu verweigern befugt war und nur mittelbar Ansprüche schuf und zerstörte, musste Jedem klar machen, dass das Recht auf Condemnation mehr sei, als ein blosses Anhängsel des Anspruchs. Noch bedeutsamer scheint mir eine andere Tatsache: die Einführung der

---

[1]) Ich habe hier die Beziehung der *Pontifices* zum Processe — *l. 2 § 6 de O. J. (1. 2) ict. Liv. IX. 48. Val. Max. II. 5. 2* — im Auge. Wie diese Beziehung auch gewesen sein mag, so viel ist sicher: das „*legum actiones apud pontifices esse*" wurde von der Plebs als drückende Last empfunden; sonst wäre niemals die bekannte Sage über den Diebstahl des Flavius und den Dank, womit die Plebs die Veröffentlichung der *actiones* aufnahm — eine Veröffentlichung, die in der Wirklichkeit wohl auf den Eintritt der Plebejer in das Pontificalcollegium (*a. 454 a. u. c.*) zurückzuführen ist —, zur Entstehung gelangt.

[2]) Gleicher Ansicht ist Voigt, *Ius naturale IV*[2] Beil. XII. § 4. 24 fgg., freilich aus weit abweichenden Gründen.

[3]) Besonders von Windscheid, *Actio* S. 4, Pandekten § 44. *n. 2.*

Geldcondemnation. Durch diese gewann die Condemnation einen selbständigen Inhalt und zwar sehr häufig einen andern als der Anspruch hatte. Wer konnte verkennen, dass das Recht auf Leistung des Sklaven Stichus ein anderes war als das auf Condemnation in den Wert des Stichus? und doch leuchtete ein, dass dieses letztere Recht kein bloss processualisches sein könne, dass vielmehr die Condemnation eine ganz entschieden privatrechtliche Bedeutung habe, die Bedeutung nämlich, einen neuen Anspruch mit neuem Inhalt — den Judicatsanspruch — an Stelle des alten ins Leben zu rufen. Nunmehr trat der Kläger, welcher Leistung des Sklaven Stichus begehrte, vor den Prätor nicht mehr mit der einfachen Behauptung „*aio mihi Stichum servum dari oportere*", sondern er berief sich auf den Rechtssatz, dass wer eine *res certa* nach Civilrecht schulde, in den Geldwert dieser Sache zu condemniren sei, und er verlangte vom Prätor, dass er diesem Rechtssatz in seiner Anweisung an den *iudex* für den concreten Fall Berücksichtigung sichere; diesem Verlangen entsprach der Prätor, indem er den *iudex* anwies, für den Fall des Beweises der geltend gemachten Voraussetzung der Condemnation auch wirklich zu condemniren. Die Rechtssätze dieser Kategorie, deren officielle Formeln die im Edict proponirten Actionsformeln waren, enthalten keine Vorschriften für den Prätor: denn dieser kann ja gar nicht condemniren; sie enthalten auch keine für den *iudex*: denn dieser hat sich um die Actionsformulare des Edicts nicht zu kümmern, sondern unbedingt der prätorischen Anweisung Folge zu leisten, mag diese auch, wie die des Verres[4]), dem anerkannten Rechte geradezu Hohn sprechen. Vielmehr: gerade wie die öffentlichrechtliche Verbindlichkeit des heutigen Richters, auf ordnungsmässige Klage Ladung zu verfügen, auf erbrachten Beweis zu verurteilen, gegen den Ungehorsamen Execution anzuordnen u. s. w., dem Rechtssatze „wer eine Leistung zu beanspruchen hat, soll sich deren Gegenstand auch, wenn nötig, zwangsweise ver-

[4]) S. 30 *n. 3*.

schaffen können[1])" nur als Mittel seiner Verwirklichung dient, ein Mittel, dessen unvermeidliche Unvollkommenheit es mit sich bringt, dass der damit verfolgte Zweck nicht immer erreicht wird: gerade so besteht auch die staatsrechtliche Verbindlichkeit des Prätors, die Formeln nach seinem Edicte zu erteilen, und die des *iudex*, nach Massgabe der erteilten Formel zu urteilen, nur zu dem Zwecke, den Rechtssätzen der oben erwähnten Art die Anwendung im concreten Falle zu sichern, und ist es auch hier nur die unvermeidliche Unvollkommenheit dieser Mittel, welche es bewirkt, dass das Urteil nicht immer jenen Rechtssätzen entspricht, d. h. dass die *actio* als Recht auf Condemnation im Processe nicht immer verwirklicht wird[2]). —

Die Aufgabe dieses Capitels ist beendigt. Wir haben gezeigt, dass die subjectiven Rechte begriffsmässig aus Ansprüchen und Zwangsbefugnissen bestehen und dass die Zwangsbefugniss des römischen Rechts die *actio* ist. Das Resultat, welches wir daraus ziehen, ist:

---

[1]) Es kann übrigens auch privatrechtliche Zwangsbefugnisse aussergerichtlicher Art geben, und vielleicht sind gerade diese besonders geeignet, die privatrechtliche Natur der Zwangsbefugniss ins rechte Licht zu setzen. Wenn ich z. B. nach irgend einem Gesetze die Befugniss habe, nach abgeschlossenem notariellem Pfandvertrag mein Pfandrecht auch gegen den Willen des Pfandschuldners in die öffentlichen Bücher eintragen zu lassen, so ist dies ohne Zweifel ein sehr wichtiges Privatrecht gegenüber dem letztern, ein Privatrecht, welchem, wie der *actio*, keine Verpflichtung desselben entspricht und die öffentlichrechtliche Verpflichtung der Pfandbehörde nur als Mittel seiner Verwirklichung dient.

[2]) Ich habe in der obigen Untersuchung, um die Darstellung nicht zu verwirren, die *actiones praeiudiciales* nicht berücksichtigt und werde dies aus gleichem Grunde auch in der Folge nicht tun. Es versteht sich, dass diese Actionen, ihrer Formel entsprechend, keine Rechte auf Condemnation sind, sondern Rechte auf richterliche Feststellung eines tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisses mit verbindlicher Wirkung für den Gegner. Das Urteil im Präjudicium erzeugt weder eine *obligatio iudicati* noch ist es der Execution fähig. Die Modificationen, welche diese Begriffsverschiedenheit für die Ausführungen des Textes mit sich bringt, wird der Leser sich leicht zu ergänzen vermögen.

das Schicksal der *actio* ist zugleich Schicksal des subjectiven Rechts, einerlei ob dieses dinglicher oder obligatorischer Natur ist.

Nach dieser einleitenden Feststellung gehen wir im folgenden Capitel zunächst zur Betrachtung der Ursachen über, durch welche gewisse Verteidigungsgründe den Actionen gegenüber Exceptionen geworden und geblieben sind, um dann im dritten Capitel unsere obige Erörterung für die Bestimmung der Wirkung der Exceptionen nutzbar zu machen. —

Zweites Capitel.

Der Ursprung der Exceptionen.

§ 4.

Einleitende Bemerkung (Literatur).

Der Gedanke, welcher der folgenden Untersuchung zu Grunde liegt, — dass alle Exceptionen dem prätorischen Rechte angehören —, ist bekanntlich keineswegs neu. Schon bei Averanius *(Interpret. iur. I. 6, 34)* und Schaumburg *(Compendium iur. dig. tit. de except. 44. 1)* findet sich derselbe ausgesprochen: *illa* — mit diesen Worten setzt der letztere die *exceptio iuris,* d. i. nach dem Sprachgebrauche seiner Zeit die eigentliche römische *exceptio*, der *exceptio facti* entgegen — *ex aequitate a Praetore adversus actionem stricto et formulario iure validam concedebatur.* Und in ähnlicher Weise bezeichnet J. H. Böhmer *(Introductio in ius digest. lib. 44. tit. 1. § 1, Exercit. ad. Pand. lib. 44. tit 1. § IV. sqq.)* die *exceptio* als eine Erfindung der Prätoren, bestimmt den *rigor iuris civilis* zu brechen. Allein erst in unserem Jahrhundert gewann diese Lehre festere Gestalt und ausführliche Begründung. Zuerst durch Hummels „Berichtigung der gewöhnlichen Theorie über die Arten Verbindlichkeiten aufzuheben" (Giessen 1804)[1], eine für ihre Zeit sehr achtungswerte Leistung, die nur leider zu viel Ballast an missangewandter Philo-

[1]) Inhaltsangabe bei Birkmeyer, S. 13 fgg.

sophie mitführt. Unabhängig von Hummel, dessen Schrift überhaupt kaum beachtet wurde — nur bei Thibaut (§ 203) und neuerdings bei Birkmeyer finde ich dieselbe citirt —, wurde der prätorische Ursprung der Exceptionen in den folgenden Jahrzehnten verteidigt von Heffter (Institutionen S. 96), Zimmern (Geschichte des römischen Privatrechts III S. 283 fgg.), Knappe (Versuch einer Entwicklung des Begriffs der Exceptionen mit Rücksicht auf die Beweislast. München 1835), besonders aber in der grundlegenden Arbeit Albrechts: „die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprocesses geschichtlich entwickelt" (München 1835). Nachdem Bayer (Vorträge über den gem. ord. Civilprocess 7. Aufl. 1841. S. 340 fg.) und Heimbach (in Weiske's Rechtslexikon s. v. „Einrede") den historischen Ausführungen Albrechts beigetreten waren, schien die Lehre auf dem Wege zu allgemeiner Herrschaft: da legte Savigny das Gewicht seiner überwältigenden Autorität in die entgegengesetzte Wagschale. Länger als ein Jahrzehnt hindurch schien es, als ob des Letztern Ansicht (System V, S. 157 fg.), welche die Ursache des Daseins der Exceptionen nicht in historische Verhältnisse, sondern in die angebliche Eigentümlichkeit ihres inneren Wesens setzt, bestimmt sei, den Abschluss der Controverse zu bilden. Der Erste, der Savigny entgegen es wieder wagte, die Entstehung der Exceptionen aus einem nicht materiellrechtlichen Gesichtspunkte zu erklären, war Völderndorff [1]) (Zschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. XI. S. 290 fgg.). Er kam indess, ausgehend von der falschen Auffassung der Formel als Beweisurteil, zu dem unrichtigen Resultat, *exceptio* sei dasjenige beklagtische Vorbringen, welches nicht in den directen Gegenbeweis falle. Substituirt man jener falschen Auffassung die wirkliche Function der Formel und der Formelteile, so läuft V.'s Untersuchung darauf hinaus, *exceptio* sei diejenige Verteidigung, welche nicht schon um der *intentio* willen vom *iudex* zugelassen werden musste; auf die Hauptfrage, warum die

[1]) Die Opposition von Bekker, processualische Consumtion, S. 93 fgg., bezieht sich auf einen andern Punkt, vgl. § 12 i. A.

intentio nicht jede Art der Verteidigung möglich macht, geht V. gar nicht ein. Dies Warum wurde zunächst von Thon (Ztschr. f. Rgesch. II. S. 242, 258fgg.) mit ausschliesslicher Beziehung auf die *exceptio* der *actio in factum* gegenüber beantwortet[1], allgemein aber durch die Hervorhebung des prätorischen Charakters der Exceptionen von Krüger (proc. Consumtion § 5. Ztsch. f. Rgesch. VII. S. 219fgg.) und Eisele (in seiner am Schluss der Vorrede angeführten Monographie). Ihnen haben sich, mit Modificationen im Einzelnen, im Ganzen aber übereinstimmend, angeschlossen: Brinz (krit. Viertjschr. XIV. S. 206fg., Pandekten 2. Aufl. § 107), Göppert (Behrends Zeitschr. VI. S. 399), Zimmermann (Kritische Bemerkungen zu Eisele's Schrift u. s. w.). Widerspruch hingegen ist neuerdings — freilich in sehr verschiedener Richtung — laut geworden von Seiten Bekkers (II. S. 278fg.)[2] und Birkmeyers (Die Exceptionen im *b. f. iudicium*).

Die Untersuchungen Eisele's und Zimmermanns im Verein mit den Ausführungen Jherings (III. S. 48fgg.) über die Verteidigung im Legisactionenprocesse machen eine erneute eingehende Prüfung des geschichtlichen Charakters der Exceptionen im Grossen und Ganzen meines Erachtens überflüssig. Der erste Abschnitt dieses Capitels wird daher, von einigen Digressionen über streitige Punkte abgesehen, lediglich eine Uebersicht des von Andern Geleisteten sein. Dagegen bietet uns der Angriff Birkmeyers, dessen Ausgangspunkt die Stellung der *exceptio* im *b. f. iudicium* ist, den Anlass, im zweiten Abschnitt durch Darlegung der wahren Bedeutung des *officium iudicis* und Erklärung der Worte *ipso iure* diese, wie ich glaube, bisher nicht richtig gewürdigte

---

[1]) Zu gleichem Resultate mit diesen Schriftstellern, aber ohne gleich sorgfältige historische Begründung, kommt Giuseppe Carle in seiner 1872 eingereichten, 1873 in Turin erschienenen Preisschrift *de exceptionibus in iure Romano p. 18 sq. p. 22 sq.* Namentlich lässt diese Schrift ein Eingehen auf die Natur der sogenannten Civilexceptionen vermissen.

[2]) Vgl. auch Schlossmann, zur Lehre vom Zwange, S. 27, wo, wie es scheint, Bekkers Ansicht adoptirt wird.

Stellung näher zu beleuchten und unsere Lehre nach dieser Richtung zu befestigen.

Erster Abschnitt.

Zur Geschichte der *Exceptio.*

§ 5.

I. Die *Exceptio* ein prätorisches Institut.

Es war vor noch nicht langer Zeit die fast allein herrschende Ansicht, dass viele derjenigen Verteidigungsgründe, welche später als Exceptionen vorkommen, bereits im Legisactionenprocesse zur Verteidigung benutzt werden konnten. Der Prätor habe über solche Einwendungen entweder selbst cognoscirt oder eine Präjudicialsponsion über die bestrittene Tatsache abschliessen lassen und je nach dem Resultat sei es seiner Cognition sei es des angeordneten Präjudiciums die *legis actio* entweder geschehen lassen oder versagt [1]).

Dass nun eine processhindernde Sponsion der gedachten Art in den Quellen nirgends überliefert und innerlich höchst unwahrscheinlich ist, hat Ihering (III. S. 120 fgg.) meines Erachtens überzeugend nachgewiesen [2]).

Dagegen dürfte prätorische Cognition über einzelne Einreden allerdings stattgefunden haben. So konnte namentlich die Einrede der processualen Consumtion in keinem Processe entbehrt werden, und doch sehen wir, mindestens, wo eine *actio in rem* erhoben war, nicht ein, wie der *iudex* auf Grund des Wortlauts der *legis actio* dazu gelangen sollte, diese Einrede zu berücksichtigen. Dass der Prätor be-

---

[1]) Keller, § 36, Rudorff, Rechtsgeschichte II. S. 109, Bethmann-Hollweg I. S. 124 fgg., *Sell, de exceptionum usu, qui legis actionum tempore fuerit p. 33 sqq.*, Bekker, I. S. 262 fg.

[2]) Vgl. auch Demelius, kritische Vierteljahrsschrift VIII. S. 500 fg. Karlowa, Civilprocess S. 347 fgg.

fugt war, unter Umständen die *legis actio* zu verhindern, und dass er von dieser Befugniss Gebrauch machte, beweist der Rechtsfall bei Valerius Maximus VII. 7, 5, wo von einem Prätor C. Calpurnius Piso[1]) erzählt wird, dass er dem enterbten Vater eines jungen Manns die *bonorum possessio* erteilt, die *legis actio* der Testamentserben aber nicht zugelassen habe *(heredesque lege agere passus non est)*[2]). Es ist daher keineswegs gewagt, wenn wir annehmen, dass die Handhabung des Satzes *bis de eadem re ne sit actio* und wohl auch die Verbescheidung der verwandten Einrede der Präjudicialität durch den Prätor geschah[3]).

Die weitaus meisten der nachherigen Exceptionstatsachen aber waren ohne Zweifel — dem Grundprincip der einen Frage entsprechend, welches die *legis actio* beherrschte, — daselbst als Verteidigungsgründe überhaupt nicht anerkannt, sondern entweder in jener Zeit ohne alle rechtliche Erheblichkeit oder, wie das Zuwiderhandeln gegen die Vorschriften der *lex Plaetoria* und *lex Cincia*, erheblich nur als Fundament einer civilen Nachklage (Strafklage oder auch blosse *condictio*), durch welche der im ersten Process verurteilte Beklagte den gezahlten Urteilsbetrag oder ein Mehrfaches desselben von dem Kläger zurückgewinnen konnte[4]). Viel-

---

[1]) Vermutlich ist der Consul des Jahres 687 *a. u. c.*, gewiss nicht der Prätor des Jahres 569 *a. u. c.* gemeint.

[2]) Dürfte man annehmen, dass, wie zu Gaius' und Gellius', so auch noch zu Papinians und Ulpians Zeiten dem Centumviralprocess (*l. 8 § 14, l. 10 pr. 13. 17 de inoff. test.* [*5. 2*]) ein *lege agere* vorausging, so könnten zum Beweise der prätorischen Cognition in der *legis actio* eine ganze Reihe von Stellen des Pandektentitels *de inoff. test.* herangezogen werden, in denen von einem *non admittere ad querelam*, *removere*, *excludere a querela* und dgl. die Rede ist. Bemerkenswert ist es immerhin, dass in dem ganzen Titel, der zahlreiche Fälle enthält, in denen im Formularverfahren der Prätor *exceptio* erteilte, immer nur von einem solchen *removere* oder *non admittere* und vereinzelt von einer *praescriptio*, aber niemals ausdrücklich von Exceptionen gesprochen wird. (Der Ausdruck „*praescriptio*", bei Modestin, ist sicher indifferent.)

[3]) Bezüglich des Satzes *bis de eadem re etc.* vgl. auch Krüger, proc. Cons. S. 11 fg., und Demelius a. a. O. S. 502.

[4]) Vgl. hinsichtlich der *lex Plaetoria* Ihering III. S. 118 fgg., hin-

leicht auch — es ist dies freilich nur eine Hypothese — liess der Prätor mitunter, ohne dass eine feste Regel darüber bestand, incivilen Verteidigungsgründen in der Weise Berücksichtigung angedeihen, dass er kraft seiner jurisdictionellen Gewalt den Kläger zwang, mit dem Beklagten für den Fall des Beweises der betreffenden Tatsache eine Pönalsponsion ohne Präjudicialcharakter, etwa auf Rückgabe des Streitgegenstandes oder eines Mehrfachen desselben, einzugehen. Eine solche Sponsion hätte die gleiche Function erfüllt wie jene civilen Nachklagen: sie hätte den Fortgang des ersten Processes von Rechtswegen nicht gehindert, *de facto* aber den Kläger, der seiner Sache nicht ganz sicher war, veranlasst, den Process eher fallen zu lassen, als die Verurteilung in dem Nachprocess zu riskiren.

Wenn, wie es durch Karlowa's Untersuchungen sehr wahrscheinlich geworden ist, es schon zur Zeit der Legisactionen in gewissen Fällen, deren Natur ich hier nicht näher zu untersuchen brauche, statt des Processes *per legis actionem* einen solchen *per sponsionem* gab, so erhebt sich die Frage, ob nicht vielleicht hier wirkliche Exceptionen — sogar der Form nach: als Einschaltung in die Sponsionsformel — vorkommen konnten. Wiewohl Karlowa selbst [1]) diese Frage zu bejahen geneigt ist und wiewohl hier nicht die gleichen Bedenken wie bei der *legis actio* vorliegen, glaube ich dennoch mich im entgegengesetzten Sinne entscheiden zu müssen. Bestimmend hiefür ist mir namentlich der Umstand, dass, wie aus der Gestalt der *formula* mit grosser Sicherheit zu entnehmen ist, die *exceptio* als Formelglied auch noch der ältesten Periode des Formularprocesses fremd war [2]); was doch gewiss nicht der Fall gewesen

---

sichtlich der *lex Cincia* Zimmermann, S. 21 fg., Karlowa, a. a. O. S. 347 fgg.

[1]) a. a. O. S. 101: „eine *exceptio*, zu deren Aufnahme die *sponsio* wohl schon fähig war".

[2]) Dass der ältere Formularprocess noch an dem Grundsatz der einen Frage festhielt, wird auch von Ihering, III. S. 55, und Zimmermann, S. 20 *n.* 7, angenommen.

wäre, wenn schon die *sponsio* Exceptionen aufzunehmen vermochte. Das Argument nämlich, welches mir aus der Gestalt der Formel hervorzugehen scheint, liegt in dem Wortlaut der Absolutionsanweisung. Dass diese niemals aus mehr als den vier Worten *si non paret absolve* bestand, wird durch den Mangel jeder Kunde vom Gegenteil, sowie durch die positiven Angaben des Gaius und die Formeln der *lex Rubria* ausser Zweifel gesetzt. Dies *si non paret*, wenn es nicht völlig in der Luft schweben sollte, muss anfänglich überall einem *si paret* der *intentio*, welchem wir ja auch späterhin noch regelmässig begegnen, correspondirt haben. Nun sieht aber Jedermann, dass diese Correspondenz nur so lange dauert, als dem *iudex* bloss die eine Frage vorgelegt ist: *an pareat (dari oportere* u. dgl.), dass sie sich aber in ihr Gegenteil verwandelt, sobald zu dieser einen Frage noch eine zweite als *exceptio* gefasste Frage hinzutritt und mithin der *iudex* in die Lage kommen kann, zu absolviren, *quamquam paret (dari oportere* u. dgl.). Begreiflich ist diese Incongruenz der Formel nur dann, wenn man annimmt, dass sich die Römer, als die ersten Exceptionen, Repliken u. s. w. aufkamen, bereits in langer Praxis daran gewöhnt hatten, das *s. n. p.* so aufzufassen, wir wir etwa ein „andernfalls"; dann mochte man diese Worte, als keinem Missverständniss unterworfen, stehen lassen. Im höchsten Grade unwahrscheinlich aber ist es, dass man die Formel von vornherein in dieser Weise gebildet hätte, wenn man die Möglichkeit der Einschiebung einer zweiten Frage irgend voraussah. Den Verfassern der ersten *formulae* wird daher der Gedanke der Zulässigkeit von Exceptionen gänzlich fern gelegen haben. —

Die erste Veränderung, welche nach Einführung des Formularprocesses eintrat, war vielleicht eine blosse Folge der Geschäftsüberhäufung, die auf den Prätoren lastete: sie überliessen die Einwände, über welche sie nach unserer Annahme bisher selbst cognoscirt hatten, durch *praescriptio pro reo* zur Erledigung dem Judex. Die *praescriptio* nötigte, wie ihre Formel „*ea res agatur, si (in ea re praeiudicium*

hereditati non fiat)" andeutet [1]), den *iudex*, zuerst den Einwand zu prüfen; nur, wenn er diesen unbegründet erfunden hatte, durfte er auf die Verhandlung der Hauptsache eingehen; die *praescriptio* bewirkte daher eine Veränderung in der Person des Cognoscenten, nicht in dem Verhältniss des Einwandes zur Hauptsache.

Als nun aber mehr und mehr Anschauungen des *ius gentium* in das römische Rechtsbewusstsein eindrangen, trat an den Prätor in immer steigendem Masse die Anforderung heran, Verteidigungsgründen, die das Civilrecht als solche nicht anerkannte, Berücksichtigung zu gewähren; es wurde ferner das System der Nachklage mit defensivem Zweck jetzt als Unbequemlichkeit für den Beklagten und als Gefahr für den Kläger empfunden. In welcher Form sollte der Prätor dem neuen Bedürfniss Genüge tun? Die prätorische Cognition und die *praescriptio pro reo* mussten schon aus dem Grunde ausser Betracht bleiben, weil über die meisten der neuen Einreden eine Untersuchung ohne gleichzeitige Verhandlung des Actionsinhalts regelmässig gar nicht möglich war. Man musste daher eine Form finden, welche die materiell-rechtliche Function der *praescriptio* erfüllte und doch dem *iudex* in der Anordnung der Reihenfolge der Verhandlung freie Hand liess. Diese Form war die der *exceptio*, der Ausnahme vom Condemnationsbefehl.

Es stand an sich noch eine andere Formulirung offen, die sich sogar durch grössere Einfachheit zu empfehlen scheint. Da die auf das *ius civile* gestellte *intentio* dem Judex die Berücksichtigung inciviler Verteidigungsgründe unmöglich

---

[1]) *Gai. IV. 133.* Bethmann-Hollweg II. S. 403 *n. 83* beruft sich ausserdem noch auf *Quintil. VII. 5. 3*: *cum ex praescriptione lis pendet, de ipsa re quaeri non est necesse.* Allein die *praescriptio*, die Quintilian hier im Auge hat, ist nicht die *praescriptio* der Formel, sondern die der Rhetoren, welche nur tatsächlich processhindernd wirkt und mit jener nicht das mindeste zu tun hat Dies ergibt sich schon aus dem von Quintilian l. c. beigebrachten Beispiel, noch augenscheinlicher aber aus andern Schriftstellern, z. B. *Fortunat. ars rhet. I. 22, Sulp. Vict. instit. orat. c. 44, Jul. Vict, ars rhet. III. 9. IV. 1.* (*Halm*, *Rhetores p. 98. 340. 382. 386*).

machte, warum erweiterte man nicht einfach den Inhalt der *intentio* durch einen prätorischen Zusatz, so dass diese beispielsweise gelautet hätte: *Si paret N^m N^m A^o A^o X dare oportere neque (scil. paret) inter A^m A^m et N^m N^m convenisse, ne ea pecunia peteretur?* Ich glaube, man wählte diese Fassung aus dem Grunde nicht, weil sie offenen Bruch mit dem Princip der einen Frage bedeutet hätte. Die *exceptio* hingegen liess das alte Princip, welches sie materiell beseitigte, formell unangetastet. Obwohl nämlich die *exceptio* dem *agere* im tatsächlichen Sinne nie im Wege stand, so verhinderte sie doch, wie wir in § 2 gesehen haben, ihrer Idee nach das *agere* mit rechtlicher Bedeutung (vgl. S. 21 *n. 3*). Formell betrachtet war mithin, wenn die *exceptio* begründet erfunden wurde, die eine in der *intentio* enthaltene Hauptfrage gar nicht zur richterlichen Cognition gekommen, wogegen im umgekehrten Fall nur über diese eine Hauptfrage ein Urteil zu fällen war [1]. —

Die Exceptionen haben, wie ich im Bisherigen vorausgesetzt habe, ihren Ursprung in dem Kampf des Prätors gegen das Civilrecht, und ihre Geburtsstätte ist also die *formula in ius concepta.* Im Folgenden werde ich mich daher zunächst mit dem Charakter derjenigen Tatsachen beschäftigen, welche der *actio in ius concepta* gegenüber zu Exceptionen wurden, und nachweisen, dass die hiehergehörigen Exceptionen in der Tat sämmtlich dem prätorischen Rechte angehören.

Es zerfallen diese Exceptionen in zwei Kategorien: die einen führte der Prätor aus eigener Initiative ein, die anderen auf Anordnung einer mit gesetzgeberischer Macht ausgerüsteten Autorität. *Gaius IV. 118.*

Dass die Exceptionen der ersteren Art sämmtlich prätorisch sind, hat noch Niemand bezweifelt; nur darüber streitet man, ob gewisse Exceptionen, nämlich die *exceptiones*

---

[1]) Sehr anschaulich wird dies Verhältniss, wenn wir annehmen, dass es zur Zeit der Einführung der ersten Exceptionen noch eine *condemnatio in rem ipsam* gab. Verurteilte hier der *iudex* trotz *exceptio*, so wiederholte die *condemnatio* nur den Inhalt der *intentio*: *dari oportere videri.*

legis Cinciae und *Plaetoriae* hieher und nicht vielmehr zu der zweiten Kategorie zu zählen sind. Meines Erachtens nun ist es durch die Ausführungen der S. 42 *n. 4* citirten Schriftsteller mehr als wahrscheinlich gemacht worden, dass die Tatsachen, welche jenen Exceptionen zu Grunde liegen, den Beklagten nach Civilrecht nicht vor dem Unterliegen schützten, sondern lediglich zu einer Nachklage berechtigten, und dass sie zu Verteidigungsgründen allein durch die jurisdictionelle Gewalt des Prätors wurden. Wenn dagegen Krüger (proc. Cons. S. 26) und Bekker (II. S. 280) unterstellen, es hätten die genannten *leges* gleich den demnächst zu betrachtenden Senatsconsulten ihre Verfügung in Gestalt einer Anweisung an den Prätor, die *actio* zu verweigern, getroffen, so erscheint diese Hypothese nicht bloss wegen Mangels an Anhalt in den Quellen, sondern auch aus innern Gründen unannehmbar. Beide Gesetze fallen (auch nach Krügers und Bekkers Ansicht) in eine Zeit, in welcher es noch keine Exceptionen gab. Was für Mittel hatte hier der Prätor, um die Vorschrift derselben durchzuführen? Versagung der Legisactio? Aber es war ja in hundert und tausend Fällen rein unmöglich, eine Entscheidung über den Einwand zu treffen, ohne gleichzeitig die Hauptsache zu verhandeln. Wer mag den praktischen Römern einen solchen von Grund aus verkehrten Processgang zutrauen.

Die Umwandlung einer Nachklage in einen Verteidigungsgrund war übrigens nicht das einzige Feld, auf welchem der Prätor seine Initiative in Verwertung gesetzlichen Stoffs zu Exceptionen walten lassen konnte. Ein Beispiel anderer Art gewährt *l. 7 de condic. instit. (28, 7)* [1]: die hier erwähnte *exceptio* bringt die Absicht der *leges Julia et Papia Poppaea* in einem Falle zur Geltung, wo diese Gesetze unmittelbar nicht anwendbar sind, und mag gar wohl gelautet haben: *Si in ea*

---

[1]) *Si quis sub condicione heredes instituisset, si invicem cavissent se legata eo testamento relicta reddituros, placet remitti eis condicionem, quia ad fraudem legum respiceret, quae vetarent quosdam legata capere: quamquam et si cautum esset, in ipsa actione exceptione tuendus esset promissor.*

re nihil in fraudem legum J. et P. P. factum est; jedenfalls ist auch dies eine *exceptio, quae substantiam ex legibus capit (Gai. IV. 118.* Eisele S. 49 fgg.) und welche gleichwohl rein prätorisch ist.

Zu mehr Zweifeln bieten die Exceptionen der zweiten Kategorie Anlass, Zweifel indess, die bei näherer Prüfung schwinden.

Es ist im römischen Recht keine seltene Erscheinung, dass staatliche Autoritäten, die an sich Civilrecht zu schaffen und aufzuheben im Stande sind, sich der Beihilfe des Prätors bedienen, um gewissen Ansprüchen die Geltung zu nehmen. Nicht in allen diesen Fällen handelt es sich aber um Exceptionen. So finden wir z. B. bei Cicero *(ad Att. V, 21, 12. VI, 2, 7)*, eine *lex Gabinia* erwähnt, die dem Prätor das *ius dicere* aus den Schuldverschreibungen fremder Gesandten untersagte; ein solcher Wortlaut weist entschieden auf prätorische Cognition hin, welche sich im Hinblick auf den Zweck des Gesetzes — den Bestechungen zu steuern — empfehlen mochte; eine *exceptio legis Gabiniae* ist daher wenig wahrscheinlich. Ebenso dürfte auch die in *l. ult. de alien. iud. mut. c. f. (4. 7)* angeführte *lex Licinnia* eine Uebertragung der Cognition auf den Judex kaum zugelassen haben, sofern überhaupt das einschlägige Verbot unmittelbar auf der Vorschrift jenes Gesetzes und nicht vielmehr auf der an dieselbe anknüpfenden *auctoritas prudentum* beruhte [1]). In andern Fällen hatte der Gesetzgeber zwar allerdings die Erteilung von Exceptionen im Auge, aber lediglich so, dass er sich bereits bestehender Exceptionen zur Durchführung von Reformen bediente. Dahin gehört z. B. das Edict M. Aurels in *§ 14 J. de usuc. (2. 6)* [2]), welches eine neue Anwendung der *exceptio temporis* einführte. Dass durch die Existenz solcher Verfügungen das Dogma von der prätorischen Natur der Exceptionen nicht erschüttert wird, leuchtet ohne Weiteres ein. Da-

---

1) Dirksen, Beiträge zur Kunde des römischen Rechts, S. 312 fgg.

2) *Ex edicto D. Marci cavetur eum, qui a fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium praeterierit, posse dominum rei per exceptionem repellere.*

gegen ordnen die drei Senatsconsulte, um die sich hauptsächlich der Streit dreht — *SC Vellaeanum*, *Trebellianum* und *Macedonianum* —, wie wir in § 2 gesehen haben, ausdrücklich die Erteilung neuer, bisher nicht in Uebung gewesener Exceptionen an, und es fragt sich, ob so entstandene Exceptionen nicht dem Civilrecht angehören.

Erste Voraussetzung für die Bejahung dieser Frage ist, dass der Senat zu jener Zeit bereits Civilrecht zu schaffen vermochte. Diese Voraussetzung nun nehme ich, trotz Gaius I § 4 [1]) und trotz der gegenteiligen Ansicht von Brinz (krit. Viertjschr. XIV. S. 216) und Zimmermann (S. 24) unbedenklich als vorhanden an. Die von Gaius angedeutete Controverse über die Autorität der Senatsconsulte bestand sicherlich nur in der vorkaiserlichen Zeit. Wir haben nämlich schon aus der Regierungszeit des Claudius, unter welchem das älteste jener drei Senatsconsulte, das *Vellaeanum*, erging, zwei andere Senatsconsulte, die unmittelbar in das Gebiet des Civilrechts eingreifen. Das eine derselben — ein *SC Hosidianum* — verordnet aus polizeilichen Gründen die Nichtigkeit der Hauskäufe auf Abbruch: *placet tales venditiones irritas fieri* [2]). Das andere — ein *SC Osterianum* — gestattet dem Patron, gewisse Bestimmungen über die Nachfolge im Patronat mit civilrechtlicher Wirkung zu treffen: *(uti) cuius ex liberis suis eum libertum eamve libertam esse vellet, is eave — solus ei patronus solave patrona esset. l. 1 pr. de adsign. lib. (38. 4).* Gehen wir ferner nur wenige Jahrzehnte über das *SC Macedonianum* hinaus, so finden wir unter Trajan und Hadrian verschiedene zum Teil sehr wichtige Senatsconsulte civilrechtlichen Inhalts [3]), ohne dass sich absehen

---

[1]) *Senatus consultum est quod senatus iubet atque constituit idque legis vicem optinet quamvis fuerit quaesitum.*

[2]) *Bruns, fontes p. 142, l. 52 de contr. emt. (18. 1).*

[3]) Z. B. das *SC. Dasumianum — l. 51 § 4 de fid. lib. (40. 5)* — von 101 n. Chr. und das *SC Tertullianum.* Das *SC Rubrianum* hingegen — *l. 26 § 7 de fid. lib.* — mag im Hinblick auf seine Ausdrucksweise *(eodem iure statum servari ac si directo manumissi essent)* vielleicht von einem blossen prätorischen *tueri in forma libertatis* zu ver-

liesse, auf welche Weise sich inzwischen die staatsrechtliche Stellung des Senats verändert haben sollte.

Allein, wenn auch der Senat in den Zeiten des Claudius, Nero und Vespasian bereits civiles Privatrecht machen konnte, so folgt daraus doch keineswegs, dass nun auch unsere Senatsconsulte civiles Privatrecht machen wollen. In dieser Beziehung muss die Fassung derselben entscheidend sein, und, wenn wir diese betrachten, so sehen wir, dass der Senat in keinem der drei Fälle in das civile Privatrecht eingreifen, sondern lediglich eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit des Prätors zur Erteilung der betreffenden Exceptionen begründen wollte. Die Lage, in die der Prätor durch ein solches Regulativ geriet, kennzeichnet er treffend *(pr. ut ex legibus [38. 14])* folgendermassen:

> *Uti me quaque lege Senatusconsulto bonorum possessionem dare* ***oportebit,*** *ita dabo.*

Das Privatrecht aber, das er auf Grund seines *Oportere* ins Leben rief, war gleichwohl prätorisch und konnte, da es den Prätor zum Urheber hatte, nur prätorisch sein. Hiefür sind wir im Stande (gegen Bekker, II. S. 278)[1] den vollen Beweis zu liefern. Wenn nämlich die *exceptio SC Trebelliani* civil war, so muss auch die *actio* und die *successio* aus diesem Senatsconsult civil gewesen sein; hier aber wird uns ausdrücklich das Gegenteil berichtet. Nicht nur, dass in *l. 1, l. 2 de fid. h. p. (5. 6)* die *fideicommissaria hereditatis petitio* der *civilis* entgegengesetzt wird, — der Universalfideicommissar heisst auch wiederholt ausdrücklich *honora-*

---

stehen sein; das „*eodem iure*" spricht indess auch hier für die entgegengesetzte Auslegung.

[1]) Bekkers Opposition a. a. O. beruht auf der meines Erachtens unhaltbaren Unterstellung, dass ein *tuitione praetoris* wirkendes Recht gleichwohl um seiner ersten Quelle willen Civilrecht sein könne. Wäre diese Unterstellung richtig, so müssten aus dem Gebiete des prätorischen Rechtes eine Reihe der wichtigsten Institute ausgeschieden werden, in welchen der Prätor lediglich als *viva vox iuris civilis* civiles Gewohnheitsrecht zur Geltung brachte.

rius und *praetorius successor*. So in *l. 24 § 1 fam. erc. (10. 2)* und in *l. 2 § 19 pro emtore (41. 4)* [1]).

Die Motive, welche den Senat bewogen, seine Verfügung in Gestalt eines Regulativs für den Prätor zu treffen, werden sich mit völliger Sicherheit nicht feststellen lassen. Nicht haltbar scheint mir die Vermutung Eisele's (S. 95), dass der Senat „es lieber der Rechtssprechung (Prätor und Judex) überliess, im einzelnen Fall zu untersuchen, ob gegen den Gedanken des Senatsconsults verstossen sei, als dass er eine casuistische Ausführung des Princips und eine legislative Fixirung des letzteren selbst versuchte.“ Zimmermann (S. 24) bemerkt mit Recht, es lasse sich nicht absehen, warum der Senat, wenn er Nichtigkeit *ipso iure* statuirt hätte, jene Casuistik hätte entwickeln müssen; die Lehre von der *donatio inter virum et uxorem* kann beweisen, dass die römische Praxis und Jurisprudenz auch mit dem Detail einer civilen Nichtigkeit fertig zu werden wusste. Eher darf man Bekker (II. S. 281 fg.) beistimmen, welcher hervorhebt, dass durch das Hereinziehen des Magistrats die Rechtsänderung weniger schroff gemacht worden sei: der Magistrat habe die Nachprüfung behalten, ob die Neuerung im concreten Falle mit der *aequitas* in Harmonie stehe, und er sei danach berechtigt und verpflichtet gewesen, unter besondern Umständen die *actio* dennoch und ohne Exception oder mit Exception und Replication zu geben. Ich bin aber überhaupt mit Bekker der Meinung, dass an denkbaren Gründen für den Senat kein Mangel ist. Beispielsweise führe ich folgende an. Das *SC Vellaeanum* schloss sich, wie aus seinem Wortlaut hervorgeht, an eine in beschränkterem Umfang bereits bestehende jurisdictionelle Uebung an; es ist begreiflich, dass der Senat seine

---

[1]) *L. 24 § 1 cit.*:

Familiae erciscundae iudicium et inter bonorum possessores et inter eum cui restituta est hereditas ex Trebelliano SC° et ceteros honorarios successores locum habet.

L 2 § 19 cit.:

— *hoc in bonorum possessore et in fideicommissariis, quibus ex Trebelliano restituitur hereditas, ceterisque praetoriis successoribus observatum est.*

Neuerung, als eine blosse Erweiterung dieser, gleichfalls auf jurisdictionellem Wege in die Praxis einführte. Das *SC Trebellianum* konnte, wenn es civiles Privatrecht schaffen wollte, seinen Zweck nur dadurch erreichen, dass es den Universalfideicommissar zum *heres* erklärte; damit wären aber alle erbrechtlichen Beschränkungen der Peregrinen, Frauen, Ehe- und Kinderlosen auf den Universalfideicommiss übertragen und damit dem Institut ein gut Teil seines praktischen Bodens entzogen worden[1]. Das *SC Macedonianum* verdankt sein Dasein dem *scelus* des Macedo; ist es nicht denkbar, dass ein Prätor, unter dem Eindruck der allgemeinen Entrüstung, den Kaiser um die Erlaubniss bat, eine Bestimmung gegen die Wucherer in sein Edict aufnehmen zu dürfen, und dass dieser *(Sueton. Vesp. cap. 11)* die Sache alsdann im Senat in dem einmal angeregten Sinne zur Sprache brachte?

Mögen nun die Motive des Senats gewesen sein, welche sie wollen, soviel steht für uns fest: die Exceptionen aus den drei Senatsconsulten sind honorarisches Recht, und das Gleiche muss auch von jeder andern Exception gelten, welche etwa, in derselben Weise wie sie, vom Prätor auf Anweisung erteilt worden sein mag. —

Wir haben hiemit die honorarische Natur sämmtlicher in der *formula in ius concepta* vorkommender Exceptionen dargetan. Es erübrigt uns ein Blick auf die *exceptio* in der *formula in factum concepta.*

Die *formula in factum concepta* ist, wie bereits früher bemerkt, nicht die Heimat der *exceptio.* Es lässt sich dies aus mehr als einem Umstand schliessen. Vor Allem kommt hier die wohl aus einem ältern Schriftsteller übernommene Darstellung des Gaius IV. 116 sqq. in Betracht, welcher das Wesen der *exceptio* in die durch sie bewirkte Brechung des *ius civile*, also in ihre Function gegenüber der *actio in ius concepta* setzt. Wir bemerken ferner in einigen *formulae in*

---

[1]) Vgl. Ihering, III. S. 264 fgg. Jene Beschränkungen sind teils erst später, teils gar nicht auf die Fideicommisse ausgedehnt worden. Gai. II. 274. 285—286a.

factum conceptae, wie in der *formula Serviana* und *quasi Serviana, pecuniae constitutae*, *depositi (in factum)*, das erkennbare Bestreben, das Verteidigungsmaterial in weitem Umfange in die *intentio* einzufügen, und finden unter diesen intentionsmässigen Verteidigungsgründen auch Tatsachen, welche — ich erinnere beispielsweise an das *neque eo nomine satisfactum esse neque per A^m A^m stare quominus solvatur* der *formula hypothecaria* — einer *intentio iuris civilis* gegenüber zu Exceptionen führen konnten. Bedenken wir, dass die so gebildeten Formeln sehr wahrscheinlich zu den ältesten ihrer Art gehören, so sind wir, wie ich glaube, zu der Annahme berechtigt, dass wir hier den Weg vor uns haben, auf welchem ursprünglich alles überhaupt zugelassene Verteidigungsmaterial in die *formula in factum concepta* eingeführt wurde, und dass man zu dem System der Ausnahmen und Unterausnahmen, vor welchem das der ständigen oder gelegentlichen Zusätze zur *intentio*, vom bloss stylistischen Gesichtpunkte aus, entschieden den Vorzug verdient, erst dann überging, als jenes Jedermann von anderwärts geläufig geworden war.

Exceptio wurde in der *formula in factum concepta* regelmässig jedes erheblich erachtete Vorbringen des Beklagten, welchem die *formula pura* noch keine Berücksichtigung sicherte [1]). Ob diese Regel ausnahmslos war, ob nicht gewisse Einreden dieser Art auch ohne *exceptio* vom Richter kraft seines *officium* zugelassen werden durften, dies lässt sich nach dem Stande der Quellen nicht mit Sicherheit entscheiden. Für die letztere Ansicht möchte ich mich zwar nicht mit Bekker (Actionen II. S. 283) auf die *ipso-iure*-Wirkung des *pactum de non petendo* gegenüber der *actio furti* und *iniuriarum* berufen, desswegen, weil diese Wirkung sich genügend aus der Fassung der betreffenden In-

---

[1]) Zu weit geht Thon, Zeitschr. f. Rgesch. II. S. 242. 259, wenn er behauptet, die einmal begründete *in factum actio* könne überhaupt nur wieder durch *exceptio* entkräftet werden. Hierbei ist vor Allem die Bedeutung der Restitutionsclausel in den *actiones arbitrariae* übersehen; vgl. aber ferner S. 54 *n. 2*.

tentionen erklärt[1]; wohl aber scheint mir dafür der Umstand zu sprechen, dass gewisse besonders häufige und wichtige Einreden, wie namentlich die der Zahlung, obgleich keineswegs überall schon in der Fassung der *formula pura* begriffen, dennoch niemals als Exceptionen vorkommen[2]). Umgekehrt dagegen werden in zwei Stellen — *l. 1 § 11 de itin. actuque (43. 19), l. 15 § 5 quod vi (43. 24)* — auch solche Clauseln *in factum* concipirter Formeln, welche ständig (*perpetuo: l. 1 § 5 uti possid. (43. 17)*), d. h. auch ohne besondern Antrag des Beklagten in dieselben eingerückt sind[3]), Exceptionen genannt. Möglich, dass auch dieser Sprachgebrauch ein technischer ist und dass man in den *formulae in factum conceptae* überhaupt alle, sei es ständige, sei es im concreten Falle erbetene Clauseln, welche sich auf die Ver-

---

[1]) Die *actio furti*, und zwar auch die *furti manifesti*, enthielt eine Clausel, welche das *damnum decisum* (an diesem Ausdruck möchte ich Eisele, S. 152, gegenüber, welcher statt dessen für die *actio furti manifesti* ein *transactum esse* vorschlägt, festhalten) als Verteidigungsgrund ausdrücklich anerkannte; in der *formula iniuriarum* machte die Erwähnung des *aequum et bonum* die *exceptio* überflüssig. Vgl. namentlich: *l. 42 § 1 de furt. (47. 2), l. 11 § 1 de iniur. (47. 10)*.

[2]) Thon a. a. O. S. 262 fgg. bestreitet, dass in der *formula hypothecaria* die Clausel „*eam pecuniam neque solutam neque etc.*" ständig eingerückt gewesen sei, und substituirt ihr eine angeblich auf Antrag des Beklagten erteilte *exceptio* „*Si ea pecunia soluta non sit etc.*" Seine Argumentation fusst auf der Voraussetzung, dass bei jener Formulirung der Kläger das *non solutum esse* hätte beweisen müssen, was undenkbar sei. Wäre diese Voraussetzung, dass nämlich die Beweislast sich nach der Construction der Formel gerichtet habe, gegründet, so hätte, wer mit einer *formula in ius concepta* klagte, das Nichtvorhandensein aller das *dare oportere* des Beklagten ausschliessenden Tatsachen, der Beklagte, welcher excipirte „*si mandatum est*" das Nichterteiltsein des Mandats beweisen müssen u. s. w.! Mir scheint die von Thon bestrittene Fassung der Formel quellenmässig vollständig gesichert (vgl. die Stellen in Rudorffs Edict), eine *exceptio solutionis* in Thons Sinne dagegen nirgends nachweisbar. Insbesondere spricht *l. 59 pr. ad SC Treb. (36. 1)*, richtig verstanden, nicht für, sondern gegen Thon.

[3]) Darüber, dass auch in *l. 15 § 5 cit.* eine ständige Interdictsclausel in Frage steht, vgl. Schmidt, Interdictenverfahren S. 102 fg., auch Mommsen, zu *l. 1 pr. quod vi aut clam.*

teidigung beziehen, als *exceptiones* bezeichnete; möglich auch, dass nur Ulpian, der Verfasser jener beiden Stellen, und dieser nur da, wo, wie bei den in Frage stehenden Clauseln „*nec vi nec clam nec precario*“ und „*si non plus quam annus est quum experiundi potestas est*“, der Charakter der Ausnahme zu Gunsten des Beklagten besonders hervortrat, sich der freiern Terminologie bediente.

Die Exceptionen werden, wie bei den *formulae in ius conceptae*, so auch hier vom Prätor teils aus eigener Initiative teils auf Anregung durch Gesetz [1]) u. s. w. erteilt. Auch sie sind daher sämmtlich prätorisch. Man hat dies zwar bestritten, unter Berufung auf die gegen die Publiciana gegebene *exceptio iusti dominii* [2]). Allein, wenn auch Niemand bezweifeln wird, dass das *iustum dominium* ein civiles Recht ist, so verdankt es doch die Fähigkeit, seinen Inhaber gegen die *Publiciana* zu schützen, nicht dem Civilrecht, sondern dem Prätor, und die *exceptio iusti dominii* ist darum ebenso gewiss eine Schöpfung des Prätors, wie dieses selbst eine des *ius civile*. —

So gelangen wir denn zu dem Ergebniss, welches in dem Titel dieses Paragraphen ausgesprochen ist: alle Exceptionen, wo sie auch vorkommen mögen, sind prätorisch. Einer weiteren quellenmässigen Bestätigung bedarf dasselbe nicht. Aber bedürfte es einer solchen, so läge sie in den bekannten Stellen, wo „*iure praetorio non debere*“ und „*per exceptionem non debere*“ geradezu identificirt wird oder wo von *praetoriae exceptiones* in einem Zusammenhange die Rede ist, der es nicht zweifelhaft lässt, dass hiemit sämmtliche Exceptionen und zwar nicht nur nach ihrer äussern Formulirung [3]), sondern auch nach ihrem Ursprung im honorarischen Rechte bezeichnet sein sollen.

---

[1]) Hievon ein Beispiel in der *lex Rubria cap. 19*, wo dem Prätor die Einrückung einer *exceptio* in das *interdictum demolitorium* zur Pflicht gemacht wird. Stölzel, die Lehre von der *Operis novi nunciatio* S. 265 fg.

[2]) So selbst Bekker, II. S. 278, wiewohl derselbe S. 282 den Charakter dieser *exceptio* in durchaus zutreffender Weise würdigt.

[3]) Diese von mehreren Schriftstellern beliebte Unterscheidung ist dem

l. 3 § 1 de pec. constit. (13. 5). Auct. ad Herenn. I. 12, 22. Cic. de invent. II. 19, 57. Vgl. Eisele, S. 56 fgg.

§ 6.

II. Der Ursprung der Exceptionen in der Aequitas.

Seit den Zeiten des Donellus[1]) wird von Gegnern und Anhängern der im Vorigen verteidigten Lehre der Satz aufgestellt, dass die Exceptionen Aequitätsverteidigungen seien. Dieser Satz ist, auf die geschichtliche Entstehung der Exceptionen bezogen, ebenso richtig, als er, dogmatisch verstanden, unhaltbar und zwar bereits für die Zeit der classischen römischen Jurisprudenz unhaltbar ist.

Kein Volk, kein Staat gibt sich ein Recht, welches er nicht für seinen Bedürfnissen entsprechend oder, was dasselbe sagen will, für billig hält. Andererseits ist jedes Recht notwendig auf das Durchschnittsbedürfniss gebaut und gibt daher Regeln, die, weil sie Regeln sind, dem Charakter des Einzelfalls nicht immer entsprechen und daher als streng empfunden werden. Jedes Recht ist mithin, so lange es mit dem Bedürfnisse der Zeit in Uebereinstimmung ist, zugleich billig und streng. Von Billigkeit *(aequitas)* im Gegensatz zum Recht und im Sinne eines Princips, welches neben oder statt dem Rechte staatliche Anerkennung verdient, beginnt man dann zu reden, wenn veränderte Interessen eine Veränderung des Rechtsbewusstseins hervorrufen und dieses daher mit dem bestehenden Rechte in Widerspruch tritt; alsdann pflegt regelmässig im Namen der Billigkeit eine Re-

---

Sprachgebrauch der Quellen zuwider. Es gibt *actiones civiles*, die ihre Formulirung unzweifelhaft dem Prätor verdanken, — nämlich die *actiones b. f., Cic. de offic. III. 15.* Werden diese desshalb irgendwo *actiones honorariae* genannt?

[1]) *Comment. iur. civ. XXII. 1 § 3: exceptio est defensio rei quae actioni alioqui iure constitutae opposita hanc ipsam aequitatis ratione excludit.*

form dieses letztern verlangt zu werden. In welcher Richtung, darüber lässt sich nichts allgemein Gültiges sagen, ausser dass das Reformverlangen, wie natürlich, stets auf grössere Beachtung der neu hervorgetretenen Interessen geht. Die durchgesetzte Reform nennt man dann eine billige Reform. In diesem Sinne wird von uns Modernen die Beseitigung der Einreden der Wechselklage gegenüber, die Aufhebung der *exceptio SC^i Vellaeani* u. s. w. für entschieden billig gehalten; in diesem Sinne ist ferner das moderne Handelsrecht, obgleich es in zahlreichen Beziehungen viel strengere und unbiegsamere Regeln aufweist als das gemeine bürgerliche Recht, dennoch ein vorzugsweise billiges Recht.

Die römische Aequitas war ursprünglich nichts Andres, als die Billigkeit in diesem Sinne[1]). Was sie zu etwas Andrem, zu einem scheinbar neben dem alten *ius civile* stehenden positiven Rechtssysteme machte, war nicht ihre eigentümliche innere Natur, sondern waren lediglich äussere Gründe. Denken wir uns das Formelwesen des römischen Processes und die jurisdictionelle Gewalt des römischen Prätors weg, so hätte der seit dem Pyrrhischen und den Punischen Kriegen eingetretene Umschwung der wirtschaftlichen Verhältnisse seinen Einfluss auf die Umbildung des Rechts nur entweder auf gesetzlichem oder gewohnheitsrechtlichem Wege äussern können, und die auf diese Weise vor sich gegangene Reform wäre höchstens als geschichtliche Tatsache im Gedächtniss der römischen Juristen geblieben. Dadurch aber, dass die Reform unter der Einwirkung der Prätoren zu Processformeln krystallisirte, geschah es, dass der Gedanke, welcher ihren Urhebern vorschwebte, sich durch die Jahrhunderte schein-

---

[1]) Sie war namentlich nicht etwa eine „freiere Rechtsanschauung“, die an Stelle einer „strengeren Auffassung des Rechtslebens“ trat. (Birkmeyer S. 113.) Freier oder strenger kann überhaupt nicht eine Rechtsanschauung, sondern nur eine Rechtsordnung genannt werden, je nachdem dieselbe der Rechtsanschauung der Zeit, in welcher sie entsteht oder fortbesteht, mehr oder weniger entspricht, weniger oder mehr in den Banden einer vergangenen Rechtsanschauung befangen *(ius strictum)* ist.

lebendig erhielt und dem Gegensatze zwischen Aequitas und *ius strictum* ein dauerndes, wenn auch nur formelles Dasein fristete. Nachdem nämlich einmal ein Prätor in Zeiten noch im Fluss befindlicher Entwickelung eine Formel mit dem Zusatz *ex fide bona*, eine *actio in factum concepta*, eine *exceptio* erteilt hatte, wäre es von seinem Nachfolger unvorsichtig gewesen, diese Formulirung — etwa im Vertrauen auf die inzwischen befestigte Rechtsanschauung der *iudices* — aufzugeben; denn jeder *iudex* hätte, der wirklichen Absicht des neuen Prätors entgegen, annehmen müssen, dass derselbe die von seinem Vorgänger eingeleitete Reform missbillige und darum die alten Formeln nicht erteile, und hätte sich durch diese Voraussetzung in seiner Auslegung der neuen, auf das *ius Quiritium* gestellten Formel beeinflussen lassen. Daher pflanzen sich jene Formeln, einmal eingeführt, von Edict zu Edict fort, wiewohl das, was ihnen zu Grunde liegt, längst nicht mehr blosse Billigkeit, sondern festes Recht geworden ist[1]). Den Römern aber wird hiedurch in jedem Einzelfalle der Kampf der *aequitas* gegen den *rigor iuris* von neuem zur Anschauung gebracht, gleich als ob dieser Kampf nicht ein principiell abgeschlossener, sondern ein stets sich erneuernder wäre. Wahrhaft zwingend drängte sich diese Vorstellung namentlich bei der Function der *exceptio* in der *formula in ius concepta* auf, weil diese Formel dazu aufforderte, sich zunächst die Wirkung des alten Rechts für sich allein genommen zu denken und alsdann erst dessen Modificirung durch die *exceptio* in Betracht zu ziehen. Wir dürfen

---

[1]) Nur ganz vereinzelt finden wir bei den *actiones depositi, commodati* und wohl auch *pignoraticia* die Erscheinung, dass eine neue Formel neben die alte tritt. Gai. IV. 47. Hier ist gewiss die *in ius* concipirte Formel die jüngere, und, wenn es gestattet ist, die Reihe der über den Grund ihrer Einführung aufgestellten Hypothesen um eine zu vermehren, so möchte ich denselben in dem Bedürfniss einer Formel suchen, die auch für die *actio contraria* zu brauchen war. — Die Aufstellung der *in ius* concipirten Formel wäre hienach, wenigstens was die *actio commodati* betrifft, spätestens in die Zeit des Labeo zu setzen. *l. 17 § 5 commod. (13. 6).*

uns desshalb nicht wundern, wenn wir bei Gaius (IV. 116), in den Institutionen (IV. 13) und sonst oft[1]) die Erteilung von Exceptionen darauf zurückgeführt finden, dass dieselben die *aequitas* gegenüber dem *rigor iuris* repräsentiren. Gehen wir der Sache auf den Grund, so will das nichts weiter besagen, als dass die betreffenden Defensionen im *ius Quiritium* als solche noch nicht anerkannt gewesen, vielmehr aus einer billigen Reform desselben hervorgegangen seien. Sehr irren würde man dagegen, wenn man der Ausdrucksweise jener Stellen den Sinn unterlegte, dass die Brechung des *rigor iuris* durch Exceptionen doch nicht so ganz von Rechtswegen, sondern nur von Billigkeitswegen erfolge. Sobald es Rechtssätze über die Zuständigkeit einer Exception gibt, hört diese eben desshalb auf, blosse Billigkeitsverteidigung zu sein; sie wird Recht, so sicher Recht, als jemals der von ihr beseitigte *rigor iuris* Recht gewesen ist, und billig kann sie nur in demselben Verstande genannt werden, wie jedes andere Rechtsinstitut, welches mit dem Bedürfnisse seiner Zeit in Einklang steht.

§ 7.

III. Die *Exceptio* in der *extraordinaria cognitio*.

Die *exceptio* ist, wie wir gesehen haben, auf dem Boden des Formularprocesses gewachsen. In einem Verfahren, das keine Formeln kannte und vor dem Magistrate selber zu Ende geführt wurde, scheint dieselbe alle Existenzberechtigung zu verlieren. Demungeachtet ist die *exceptio* von jeher auch in der *extraordinaria cognitio* aufgetreten und ist selbst von Justinian nicht beseitigt worden. Auf den ersten Blick scheint diese Tatsache geeignet, Zweifel an der Richtigkeit unserer Theorie zu erregen. Allein, wenn man näher zusieht, bemerkt man, dass dieselbe sich sehr leicht erklärt.

---

[1]) Z. B. *l. 1 § 2, l. 2 § 1 ad SC. Vell. (16. 1), l. 1 § 2 ad SC Treb. (36. 1), l. 1 § 1, l. 4 § 7, l. 12 de doli exc. (44. 4)* u. s. w. Vgl. Birkmeyer, S. 111 fgg.

Zwei Ursachen haben wesentlich auf die Erhaltung der *exceptio* hingewirkt.

Einmal der enge Zusammenhang, welcher zu Rom in Wissenschaft und Praxis zwischen dem materiellen Rechtssatz und seiner processualen Formulirung statthatte. Die *extraordinaria cognitio* fand die Gewohnheit vor, sich die Einwände des *dolus*, des *metus* u. s. w. nur in Gestalt der im Edict proponirten Exceptionsformeln zu denken; eine wissenschaftliche Behandlung jener Einwände war geschehen und geschah nur in Form von Untersuchungen über die betreffenden Exceptionen. Was war natürlicher, als dass auch der in der *extraordinaria cognitio* Beklagte sich auf diese allbekannten Exceptionen oder ihre Formeln berief, um so mehr als ja die Einwände selber sich äusserlich nur durch ihre Aufnahme ins Edict, d. h. in ihrer Exceptionsgestalt, als geltendes Recht legitimirten? Wer die Institutionenparaphrase des Theophilos zu dem Titel *de exceptionibus* unbefangen liest, wird sich der Ueberzeugung nicht verschliessen können, dass noch im Justinianischen Process die Parteien — wenn auch ohne Zwang — die alten Exceptionsformeln des Edicts mit mehr oder weniger Genauigkeit zu citiren pflegten[1]); wie wäre auch sonst die unveränderte Aufnahme so vieler Stellen, welche auf jene Formeln Bezug nehmen, in die Compilation zu erklären!

Die zweite Ursache der Fortdauer der *exceptio* ist, dass sie hinsichtlich des Stadiums der Vorbringung im Process auch in der *extraordinaria cognitio* der gleichen Regel unterlag wie im Formularverfahren: der Beklagte musste sie regelmässig *ante litem contestatam* opponiren[2]). Dass dem so ist, geht zur Evidenz aus *c. 8, 9, 12. de except. (8. 36)*,

---

[1]) Vgl. z. B. § *I*: *ἀντιθήσεις παραγραφὴν λέγων, ἀλλ᾽ εἰ μὴ κατὰ φόβον ἐπηρωτήθην· ἤγουν, ἀλλ᾽ εἰ μὴ κατὰ δόλον ἔνοχός σοι γέγονα κτέ.*

[2]) So mit Recht entgegen der herrschenden Meinung: Wieding, der Justinian. Libellprocess S. 210 fgg., Bekker, II. S. 223, Eisele, zur Geschichte der processualen Behandlung der Exceptionen (Berlin 1875), S. 1 fgg.

c. 19. de probat. (4. 19), c. 9. de praescr. l. t. (7. 33) hervor. Nur eine, aber eine aus dem Formularprocesse übernommene [1]) Ausnahme gibt es von diesem Satze: die irrtümlich unterlassene Vorschützung von peremtorischen Exceptionen kann im Wege einer *in integrum restitutio propter errorem* bis zum ergangenen Endurteile nachgeholt werden. *c. 2 sent. resc. n. p. (7. 50).* Freilich hat man die Notwendigkeit dieser Restitution, auf Grund eben der *c 2 cit.*, in Abrede gestellt und — trotz des unauflöslichen Widerspruches, in welchen hiedurch dieses Gesetz mit den obigen gerät — behauptet, die Nachbringung peremtorischer Exceptionen sei in der *extraordinaria cognitio* ohne Weiteres gestattet und also diese Exceptionen von den übrigen Einwänden des Beklagten processualisch nicht unterschieden gewesen. *c. 2 cit. (Diocl. et Maxim.)* lautet:

> *Peremtorias exceptiones omissas in initio, antequam sententia feratur, opponi posse, perpetuum edictum manifeste declarat. Quodsi aliter actum fuerit, in integrum restitutio permittitur. nam iudicatum contra maiores annis viginti quinque non oppositae praescriptionis velamento, citra remedium appellationis, rescindi non potest.*

Auf die zahlreichen Interpretationen dieser vielbestrittenen Stelle [2]) hier einzugehen, ist nicht meine Absicht; die m. E. richtige Deutung derselben ist folgende. Wir mir scheint, ist es der Grundfehler aller bisherigen Auslegungen, dass die Worte „*quodsi aliter actum fuerit*“ sinn- und sprachwidrig übersetzt werden mit: „ist das aber nicht geschehen, ist also die Einrede nicht wenigstens noch vor der Sentenz nachgeholt“ [3]). Dieselben bedeuten vielmehr: „ist im vorliegenden Falle anders verfahren worden“. Der Supplicant hatte die Kaiser unter

---

[1]) *Gai. IV. 125: Sed peremtoria quidem exceptione si reus per errorem non fuit usus, in integrum restituitur adiiciendae exceptionis gratia; dilatoria vero si non fuit usus, an in integrum restituatur quaeritur.*

[2]) Vgl. Wieding, a. a. O.

[3]) So Wieding a. a. O. S. 216 und nach ihm Eisele a. a. O. S. 8.

der Anführung, dass er eine ihm zustehende *exceptio peremtoria* aus Versehen *ante litem contestatam* vorzuschützen unterlassen habe und desshalb verurteilt worden sei, um Restitution gegen das Urteil gebeten. Die Kaiser verweisen ihn auf die Vorschrift des Edicts, wornach diese Exceptionen nur bis zum Urteil — wie zu Diocletians Zeit Jedermann wusste, im Wege der Restitution — nachgebracht werden können. „*Quodsi aliter actum fuerit*", fahren sie hierauf fort, d. h. nur dann, wenn im concreten Falle gegen die angeführte Vorschrift verfahren, wenn also die Restitution von dem Supplicanten rechtzeitig beim cognoscirenden Magistrat nachgesucht, von diesem aber rechtswidrig als unstatthaft verworfen worden sei, werde dem Supplicanten die erbetene Restitution erteilt [1]). Denn, wenn der Beklagte nichts weiter vorzubringen habe, als dass er eine *exceptio* versäumt habe, so sei, ausser wenn derselbe minderjährig, der richtige Weg für die Anfechtung des Urteils nicht die Restitutionsbitte, sondern die Appellation. *c. 6 § 1 de appell. (7. 62).* Man sieht, wie bei dieser Deutung die Ausdrucksweise der Stelle alles Auffallende verliert. Namentlich wird klar, dass die Kaiser nicht die mindeste Veranlassung hatten, auf die edictalen Bedingungen der Nachschiebung versäumter Exceptionen weiter einzugehen, und dass also nichts zu der Annahme berechtigt, sie hätten bei ihrem Rescripte eine andere Edictsvorschrift im Auge gehabt als die von Gaius referirte.

Warum nun die Exceptionen auch in der *extraordinaria cognitio* regelmässig *ante litem contestatam* vorgebracht werden mussten, dies wird sich mit völliger Bestimmtheit nicht feststellen lassen. Vielleicht wurde die Vorschrift des Formularprocesses, an die man sich gewöhnt hatte, gedankenlos herübergenommen; vielleicht auch — und dies ist mir wahr-

---

[1]) Diese Restitution ist entweder gegen die Versäumniss und gegen das durch dieselbe hervorgerufene Urteil erteilt oder aber nur gegen die Versäumniss, indem das Urteil, welches gegen *ius constitutum* verstösst, als nichtig und daher keiner Rescission bedürfend angesehen wird. Nimmt man letzteres an, so gewinnt das folgende „*nam iudicatum*" einen besonders prägnanten Sinn.

scheinlicher — hatte man die praktischen Vorteile, die mit dem Vorbringen der Verteidigungsgründe im ersten Process-stadium verbunden waren, erkannt und war aus diesem Grunde nicht geneigt, die Vorschrift aufzugeben.

Auf diese Weise erklärt sich meines Erachtens die Fortdauer der *exceptio* in der *extraordinaria cognitio*, ohne dass die Lehre vom prätorischen Ursprung der Exceptionen dadurch irgend ins Schwanken gerät und ohne dass wir nötig hätten, jene Tatsache in der beliebten Weise auf den in der spätern Kaiserzeit eingetretenen „Mangel an productiver Jurisprudenz" zurückzuführen, ein Verfahren, das hier um so misslicher ist, als Exceptionen in der *extraordinaria cognitio* ja nicht etwa erst seit Diocletian vorkommen [1]).

Zweiter Abschnitt.

Die Exceptionen im *bonae fidei iudicium.*

§ 8.

Einleitung.

Gegen die im ersten Abschnitt dieses Capitels verteidigte Lehre ist von Birkmeyer in seinem Buche „Die Exceptionen im *bonae fidei iudicium*" ein Angriff unternommen worden, welcher so manichfache Fragen in Anregung bringt, dass ich, um den Gang unserer historischen Darstellung nicht in störender Weise zu unterbrechen, die Abwehr desselben bis hieher aufsparen musste. Das Fundament der Birkmeyer'schen Beweisführung, welche in dem Satze gipfelt, „dass auch nach *ius civile* (zur Verteidigung) erhebliche Tatsachen möglichen Exceptionsinhalt bilden kön-

---

[1]) Namentlich sind gewiss von jeher Exceptionen in der *cognitio fideicommissaria* aufgetreten. *l. 34 § 2 de leg. II. l. 30 § 1 de adim. leg. (34, 4.)*

nen" [1]), liegt in der Stellung der Exceptionen im *b. f. iudicium*, und Aufgabe des Folgenden ist daher der Nachweis, dass diese Stellung, richtig aufgefasst, mit unserer Lehre und nur mit unserer Lehre wohl vereinbar ist.

Zwei Tatsachen sind es, von denen wir bei unserer Untersuchung ausgehen.

Die eine ist die: der *iudex* im *b. f. iudicium* ist, auch wenn keine *exceptio doli* oder *pacti* in die Formel eingerückt ist, verpflichtet, den Beklagten wegen aller derjenigen Verteidigungsgründe zu absolviren, die ausserhalb des Gebiets der *b. f. iudicia* nur, falls eine solche *exceptio* eingerückt ist, von ihm beachtet werden dürfen. Diese Verpflichtung des *iudex* ergibt sich zur Evidenz aus den Stellen, welche besagen:

exceptio doli inest b. f. iudiciis —
iudicium b. f. continet in se doli mali exceptionem —
doli mali exceptio officio iudicis rei uxoriae continetur —
b. f. iudicio exceptiones pacti insunt.

L. 21 sol. matr (24. 3), l. 84 § 5 de leg. 1., fragm. Vat. 94, l. 3 de rescind. vend. (18. 5).

Die zweite Tatsache ist die: dass die von dem *iudex* im *b. f. iudicium* auf diese Weise zu berücksichtigenden Defensionen darum nicht aufhören, Exceptionen zu sein und als solche behandelt zu werden [2]). Es werden nämlich nicht nur in zahlreichen Stellen [3]) verschiedenen *b. f.* Actionen gegenüber teils dic *exceptio doli* oder *pacti* selbst teils solche Exceptionen, welche in Gemässheit des in *l. 2 § 5 de d. m. exceptione* ausgesprochenen Grundsatzes [4]) durch die *exceptio*

---

[1]) Birkmeyer, S. 267.

[2]) Birkmeyer, S. 192—267.

[3]) Zusammengestellt bei Birkmeyer, S. 255 fgg. Vgl. dazu die kritischen Bemerkungen Eiseles (krit. Viertjschr. XVI. S. 516 fgg.).

[4]) *Ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem.*

Ich lasse es absichtlich dahingestellt, ob in Kraft dieses Satzes mit Birkmeyer (S. 119 fgg.) behauptet werden darf, dass jede Exceptio als *exceptio doli* habe vorgeschützt werden können. Unsere Theorie ist geschlagen, wenn auch nur von einer einzigen *exceptio* nachgewiesen werden kann, dass ihre Wirkung auf *ius civile* beruhe.

doli vertreten werden können und daher gleichfalls *b. f. iudiciis insunt,* ausdrücklich erwähnt, sondern — und darauf lege ich besonderes Gewicht — es kommen auch Ansprüche auf Liberation von solchen Verpflichtungen aus *b. f.* Geschäften vor, welche durch *exceptio doli* bereits beseitigt sind [1]); diese Liberation wird bekanntlich durch Novationsstipulation und Acceptilation vollzogen und wäre ohne allen Boden, wenn nicht die *exceptio* hier wie sonst das formale *dare facere oportere* unangetastet liesse.

Niemand kann oder Niemand sollte wenigstens bestreiten, dass diese beiden Tatsachen unserer Meinung über den Ursprung der Exceptionen schroff zu widersprechen scheinen. Wir haben die Entstehung der Exceptionen zu erklären gesucht durch den Nachweis, dass ihre Einrückung Defensionen zur Geltung bringt, welche der *iudex* auf Grund der *actio pura* nicht hätte berücksichtigen können; und nun finden wir Exceptionen, die, um beachtet zu werden, eines Zusatzes zur Formel gar nicht bedürfen und gleichwohl Exceptionen sind! Wird hiedurch nicht die Möglichkeit ausgeschlossen, das Dasein der Exceptionen ausnahmslos auf die Construction der Formeln zurückzuführen?

Nun kommt aber hiezu noch ein Umstand, welcher die Exceptionen hier aus dem Bereich des prätorischen Rechts überhaupt zu rücken scheint: die *actiones b. f.*, welche dem *iudex,* wie gezeigt, die Beachtung nicht inserirter Exceptionen erlauben, sind ohne allen Zweifel *actiones civiles.* Man hat dies zwar neuerdings bestritten oder ins Ungewisse zu bringen gesucht, indem man auf den Ursprung der *b. f. iudicia* im *ius gentium* verwies und den Intentionszusatz *ex fide bona* betonte [2]). Allein, ganz abgesehen davon, ob richtiger An-

---

[1]) *l. 5 § 1, l. 11 § 5 de act. emti (19. 1), l. 9 § 6, l. 10 loc. cond. (19. 2).* Vgl. über diese Stellen und die Liberationsansprüche überhaupt unten § 14.

[2]) Eisele, S. 15, und krit. Vierteljschr. XVI. S. 504 fgg. Eisele gibt am letzteren Orte nun wenigstens zu, dass sich die Gegenüberstellung von *ius civile* und *bona fides* in dem absoluten Sinne, wie er dies früher vertreten habe, für die classische Zeit nicht halten lasse. Allein

sicht nach gerade schon die erste Formulirung von Actionen mit der *intentio „Quidquid d. f. oportet ex fide bona“* die Reception des diese Actionen beherrschenden *ius gentium* in das *ius civile* bezeichnet: für uns kommt es allein auf die Frage an, ob zu der Zeit der Juristen, welche uns den Satz *exceptio doli b. f. iudiciis inest* überliefern, die civile Natur der *b. f. actiones* allgemein anerkannt war. Und die Antwort auf diese Frage kann weder unbestimmt noch zweifelhaft sein. Nicht als ob ich Birkmeyers Ausführungen hierüber (S. 93fgg.) durchweg beistimmte; ich acceptire aus denselben nur dies: dass bei Vergleichung von Gaius IV. 47. mit IV. 45. und 46. sicherlich die Auslegung weitaus am nächsten liegt, wornach der Jurist auch den *b. f. iudicia* eine *intentio iuris civilis* zuschreibt. Ausschlaggebend aber ist meines Erachtens der weder von Birkmeyer noch von seinem Gegner Eisele in Erwägung gezogene Umstand, dass an mehr als einem Orte *b. f. actiones* und *b. f. obligationes* ausdrücklich Civilactionen und Civilobligationen genannt werden.

So die *actio emti* in *l. 8 de rescind. vend. (18. 5), l. 33 de aedil. edicto (21. 1), l. 1 § 1 de superfic. (43. 18)*; die *actiones locati* und *conducti* in *l. 3 § 1 nautae caup. (4. 9), l. 1 § 1 de superfic.*; die *actio depositi directa* in *l. 3 § 1 naut., caup.*; die *actio commodati directa* und *contraria* in *l. 17 § 3 commod. (13. 6)*; die *obligatio tutelae contraria* in *l. 1 pr. de contr. tut. (27. 4)*; die *actio* und *obligatio praescriptis verbis*[1] in *l. 7 § 2 de pactis (2. 14), l. 23 comm.*

---

das „Zwitterwesen“, welches aus Eisele's Ausführungen (S. 509) hervorgeht, hat meines Erachtens noch weniger Lebensfähigkeit. Entweder kann ein *oportere* nur aus *ius civile* oder auch aus nicht-civilem Rechte entstehen. Ersternfalls müssen die Actionen mit der *intentio „Quidquid d. f. oportet ex f. b.“* von Anfang an Civilactionen gewesen sein, weil sonst kein *iudex* auf sie hätte condemniren können; letzternfalls lässt sich nicht absehen, warum die *actiones b. f.* nicht gleich den prätorischen *in factum* concipirten Actionen das blieben, was sie nach Eisele anfangs gewesen sein sollen: nicht-civile Actionen.

[1]) Diese *actio* wird darum häufiger als die andern *civilis* genannt, weil sie die einzige nicht prätorische *actio in factum* war und daher ihre civile *intentio* als ihr eigentümliches Merkmal galt.

div. (*10. 3*), *l. 1 pr. de aestim.* (*19. 3*), *l. 5 § 1 l. 16 § 1 praescr. verb.* (*19. 5*), *c. 34 de transact.* (*2. 4*), *c. 6 de rer. permut.* (*4. 64*), *c. un. § 13 de rei uxor. act.* (*5. 13*), *c. 22 de donat.* (*8. 54*), *Paul. R. S. V. 6. 10.*

Diese Quellenzeugnisse [1]), unter denen ich *l. 3 § 1 nautae caup.* besonders hervorhebe, weil hier die civile Natur der angeführten *b. f. actiones* in ausdrücklichen Gegensatz zu der honorarischen der *actio de recepto* gestellt ist, schliessen, wie ich glaube, allen Streit über den Charakter aus, welcher nach Ansicht der classischen Juristen den *b. f.* Actionen, wenigstens denen mit der Intentio „*quidquid d. f. o. ex fide bona*", zukam. Ein Zweifel bleibt nur übrig hinsichtlich der *actio rei uxoriae*, deren *intentio* bekanntlich auf ein *quod melius aequius erit* gestellt war [2]), deren Formel ferner mit der unzweifelhaft prätorischen der *actio iniuriarum* [3]) die grösste Verwandtschaft hat, und welche endlich nirgends auf das *ius civile*, wohl aber von Gaius in *l. 8 de cap. min.* (*4. 5*) auf das *ius naturale* zurückgeführt wird [4]). Sei dem, wie

---

[1]) *l. 17 § 1 sol. matr.* (*24. 3*) gehört ebenfalls hieher; ich führe die Stelle im Text nicht an, weil das *iure civili obligata*, wodurch Paulus hier einen Parallelismus zwischen der *actio ex stipulatu* und *pro socio* betonen will, an sich ebensowohl einen Gegensatz der beiden Actionen bezeichnen könnte.

[2]) *Cicero, top. cap. 17* (dazu *Boëthius ad h. l.*), *de off. III. 15, 61. l. 66 § 7 sol. matr.* (*24. 3*), *l. 82 de solut.* (*46. 3*), *l. 7 pr. l. 70 de iure dot.* (*23. 3*); vgl. *Rudorff, Edict. perp. p. 126*, Dernburg, Compensation, 2. Aufl., S. 102 *n. 1.*

[3]) Wie in der *actio rei uxoriae* die *intentio* wahrscheinlich lautete „*quod melius aequius erit ob eam rem Nm Nm Aae Aae dare repromittere*", so war in der *actio iniuriarum* die *condemnatio* wahrscheinlich abgestellt auf „*quantae pecuniae bonum aequum videbitur ob eam rem Nm Nm Ao Ao condemnari*". So *Rudorff, l. c. p. 174.* Etwas anders: Huschke, Gaius S. 140.

[4]) In der citirten Stelle lässt Gaius die *obligatio dotis* durch *capitis deminutio* desshalb nicht untergehen, *quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest.* Uebrigens bleibt auch die Societät von *capitis deminutio minima* unberührt, *l. 58 § 2, l. 63 § 10 pro socio* (*17. 2*) (was allerdings erst in der Zeit nach Gaius anerkannt worden ist. *arg. Gai. III. 153*).

ihm wolle, — dass die hier angeführten Bedenken nicht absolut zwingend sind, leuchtet ein —, immerhin haben wir eine ganze Reihe anerkannter Civilactionen, auf die der Satz „*exceptio doli etc.*“ Anwendung findet, und, da also einerseits diese Actionen vom *ius civile* beherrscht sind, andererseits die *exceptio doli* hier ohne Formulirung beachtet wird, so sind wir, wie es scheint, genötigt zuzugeben: es gibt Exceptionen, die, ohne Exceptionsformel, kraft Civilrechts zu beachten sind. Ja, als ob uns jede Aussicht für die Rettung unserer Theorie abgeschnitten werden sollte, es finden sich auch Stellen, in denen dieser Satz ausdrücklich bestätigt zu werden scheint, indem von Defensionen, die sonst nur *per exceptionem* zur Geltung gelangen, berichtet wird, dass sie in einem *b. f. iudicium ipso iure* wirken[1]). „*Ipso iure*“ aber soll nach einer verbreiteten Ansicht, der namentlich auch unser Hauptgegner Birkmeyer (S. 105 fg.) huldigt, regelmässig und namentlich auch hier so viel heissen als *iure civili*.

Wie haben wir uns diesem Material gegenüber zu verhalten? Sind wir genötigt unsere Theorie aufzugeben und — da, wie unser drittes Capitel dartun wird, die Theorie der Gegner ebenfalls unhaltbar ist, — gleichzeitig an der Möglichkeit einer befriedigenden Erklärung des Daseins der Exceptionen zu verzweifeln?

Wollen wir diese Fragen nicht bejahen, so haben wir eine doppelte Aufgabe vor uns. Wir müssen nachweisen:

1. Dass der Satz *exceptio doli*[2]) *inest bonae fidei iudiciis* eine Deutung zulässt und erfordert, bei welcher der prätorische Charakter der Exceptionen unangetastet bleibt und gleichwohl das Vorkommen unformulirter Exceptionen im *b. f. iudicium* erklärt wird.

---

[1]) Vgl. die Zusammenstellung bei Birkmeyer S. 104 *n. 27*, wo aber (ebenso bei Eisele S. 76) statt *l. 12 pr. de solut. l. 72 pr.* zu lesen ist.

[2]) Von dem Satze „*exceptio pacti etc.*“, der durchaus in der gleichen Weise zu verstehen ist wie das „*exceptio doli etc.*“, sehe ich der Kürze halber im Folgenden ab.

2. Dass die Worte *ipso iure* in den oben berührten Stellen etwas Anderes bedeuten als *iure civili.*

Dieser zwiefache Nachweis soll nun in den folgenden Paragraphen geführt werden.

§ 9.

I. *Exceptio doli inest bonae fidei iudiciis.*

Der Satz *exceptio doli inest b. f. iudiciis* wurde bisher ganz allgemein auf den Wortlaut der *intentio* dieser Actionen in der Weise zurückgeführt, dass man annahm, durch diesen Wortlaut sei der *iudex* unmittelbar verpflichtet worden, den Einwand des *dolus* in Rücksicht zu nehmen. Die *fides bona,* die *aequitas,* sagte man, sei die Richtschnur, nach welcher in Kraft der *intentio* der *iudex* bei Feststellung von Existenz und Umfang der beklagtischen Verpflichtung zu verfahren habe, ein Schuldner aber, dem zu seiner Verteidigung eine *exceptio doli* zustehe, sei nach Grundsätzen der Billigkeit n i c h t verpflichtet, zu leisten.

Diese Erklärung des Satzes war nun schön und gut, so lange man sich darüber täuschte, dass auch im *b. f. iudicium* die *exceptio doli* wirkliche *exceptio* ist, so lange man also glaubte, im *b. f. iudicium* sei bei *dolus* des Klägers ein *dare facere oportere* des Beklagten überhaupt nicht vorhanden. Eine solche Täuschung ist nach B i r k m e y e r s oben citirten Untersuchungen nicht mehr gestattet. Die *exceptio doli* bleibt auch im *b. f. iudicium exceptio.* Mit dieser Erkenntniss hört aber auch meines Erachtens jede Möglichkeit auf, unsern Satz auf die *intentio* zu gründen. Denn diese lässt dem *iudex* nur die Wahl zwischen den beiden Entscheidungen: *N^m^ N^m^ a l i q u i d dare facere oportere ex fide bona* und *N^m^ N^m^ n i h i l d. f. o. e. f. b.* E x i s t e n z der civilen Obligation oder N i c h t-e x i s t e n z: *tertium non datur.*

Aus diesem Dilemma hilft sich B i r k m e y e r mit einem Kunstgriff, dem man Zweckmässigkeit nicht absprechen kann; er zieht einfach das *ex f. b.* von dem *d. f. oportere,* zu welchem

es gehört, hinweg zu dem *paret* der *intentio*: „— das *dari fieri oportere* bleibt von dem *ex fide bona* zunächst völlig unberührt; letzteres gibt vielmehr nur dem Richter die Erlaubniss und die Verpflichtung, das Ergebniss seiner strengrechtlichen Prüfung des Sachverhalts, sein *parere* nach der Rechtsstrenge, in Einklang zu setzen mit den Anforderungen des *aequum et bonum* [1]." Damit ist nun freilich der Unterschlupf für die *exceptio* glücklich gewonnen. Aber ist die Birkmeyer'sche Construction richtig oder auch nur möglich?

Ich will kein Gewicht darauf legen, dass in dem Manuscripte des Gaius, in der einzigen uns vollständig überlieferten Formel einer *b. f. actio* (Gai. IV. 47) das *paret* gänzlich fehlt. Denn, wenn auch die Huschke'sche Restitution des Worts keineswegs so „offenbar glücklich" ist, wie Birkmeyer (S. 283 n. 40) glaubt [2], so ist doch immerhin möglich, dass hier ein Abschreiberversehen vorliegt. Allein, dass das *ex fide bona* nicht zu dem *paret*, mag es auch in der Intentio gestanden haben, gehört hat, beweist Gaius selbst, wenn er uns versichert:

> *in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo* oder, wie es anderwärts heisst, *ex bona fide praestare oportet. III. 137. 155 (Stud.), l. 2 § 3 l. 5 pr. de O. et A. (44. 7)*,

und seine Mitteilung wird bestätigt durch Cicero, *de off. III. 65*, und Valerius Maximus *VIII. 2, 1 (Catonem — arbitrum adduxit in formulam quidquid sibi dare facere*

---

[1]) Birkmeyer, S. 283.

[2]) Das *paret* fehlt nicht nur wiederholt bei Gaius (II. 213. IV. 36. 47. 60. 136), sondern auch in den Formeln der *lex Rubria*, wo die Intentio „*sei noluit*", nicht „*sei paret noluisse*" lautet. Huschke's Restitution zu Gai. IV. 47. und 60. ist ohne ausreichenden Anhalt in dem Manuscript und bringt zudem das *paret* nicht an den Ort, welchen Gaius selbst — IV. 41 — bezeugt; besonders hart ist die IV. 47. versuchte Einschiebung des *paret* zwischen die zusammengehörigen Worte *dare facere oportere*. Meiner Ansicht nach ist das Fehlen des *paret*, welches ja längst aufgehört hatte, mit dem *s. n. p.* der Absolutio in notwendiger Correspondenz zu stehen — s. oben S. 44 — durchaus nichts so Wunderbares, um eine Ergänzung desselben um jeden Preis zu rechtfertigen.

oporteret ex fide bona). Die völlige Unmöglichkeit der Birkmeyer'schen Construction der *intentio* ergibt sich aber auch, wenn man bedenkt, ob und wie denn ein *parere* nach der Rechtsstrenge mit der *bona fides* in „Einklang" gesetzt werden könne. Die Aufgabe ist ganz so lösbar, als wenn man heutzutage einem Richter zumuten wollte, zunächst darüber zu befinden, was Beklagter nach dem Sachsenspiegel schulde, und dann sein *parere* mit dem preussischen Landrecht in „Einklang" zu setzen, oder — was dasselbe sagen will —: nach preussischem Landrecht zu entscheiden, was Jemand nach dem Sachsenspiegel zu leisten habe.

Ist aber Birkmeyers Meinung zu verwerfen, so werden wir überhaupt die Erklärung unseres Satzes anderswo als in der Interpretation der *intentio* suchen müssen. Und die richtige Erklärung bietet sich denn auch von selbst.

Aus *fr. Vat. 94* wissen wir, dass das *inesse* der *exceptio* im *bonae fidei iudicium* darauf beruht, dass dieselbe hier ***officio iudicis continetur.*** Nur die ungenügende Würdigung der Bedeutung des *officium iudicis* hat bisher dem Verständniss unseres Satzes im Wege gestanden.

Mit einziger Ausnahme Bekkers[1]) ist man bei Behandlung der uns beschäftigenden Frage durchweg von einer Auffassung des *officium iudicis* ausgegangen, wornach dasselbe „in seinen mannichfaltigen Aeusserungen" sich stets „an irgend einen Teil der *formula*" anlehne[2]), d. h. jeweils aus irgend einem Formelstücke durch mehr oder minder freie Auslegung herausinterpretirt werden könne. Schon diejenige Aeusserung des *officium iudicis*, mit Bezug auf welche Eisele die eben citirte Behauptung aufstellt, dürfte geeignet sein Zweifel zu erregen: die Verpflichtung des *iudex*, den mit der *rei vindicatio* Belangten bei Nichtbesitz zu absolviren, kann keinesfalls, wie Eisele glaubt, an die Formelworte *neque N^us^ N^us^ restituet* angeschlossen werden[3]), aus dem einfachen Grunde,

---

1) II. S. 282 fg.

2) Eisele, S. 12 *n. 23.*

3) Der von Eisele citirte Buchka (Einfluss des Processes, S. 135

weil diese Clausel den *iudex* nicht hindert, den Beklagten, der *dolo malo desiit possidere*, zu condemniren; eher könnte hier noch an das *arbitratu tuo* gedacht werden, *arg. l. 14 § 5 quod met. c. (4. 2)*. Allein, um von den vielfachen in der Formel nicht berührten rein processualen Pflichten des *iudex* zu schweigen: welche Interpretationskunst kann aus der Formel einer nicht arbiträren *actio in factum concepta*, z. B. der bei *Gaius IV. 46* angeführten [1]), herauslesen, dass der *iudex* bei *durante iudicio* geleisteter Zahlung nach dem Satze *omnia iudicia esse absolutoria* absolviren muss (*Gai. IV. 114*)? oder aus der einer *b. f. actio*, dass der *iudex* auf Verzugszinsen condemniren muss, die anerkannter Massen nicht *in obligatione*, d. h. nicht im *dare facere oportere ex fide bona* enthalten sind?

Keine Frage: die prätorische Anweisung ist zwar in erster Linie, aber sie ist nicht allein bestimmend für das *officium iudicis*. Woher aber stammen die nicht schon in der Formel gegebenen Normen desselben? Hier kann ich nun Bekker durchaus nicht beistimmen. Derselbe leitet den vom *officium iudicis* handelnden Abschnitt seiner Actionen (II. S. 154) folgendermassen ein:

„Auch der Richter kann Recht machen, subjectives und objectives; die Befugniss zu beidem haben schon die Römer ihm zuerkannt. Das subjective Recht findet seinen Ausdruck vornehmlich, aber keineswegs allein in der *a° iudicati*; was aus Cautionen, Cessionen, Acceptilationen u. s. w. hervorgeht, ist so gut richterliches Recht, wie das, was aus *stipulationes praetoriae* hervorgeht, prätorisches Recht ist. Zugleich sind die *res iudicatae* von den Römern frühzeitig als Quellen des objectiven Rechts genannt, und wieder sind es nicht diese allein, durch welche die *iudices* Rechtsnormen geschaffen haben.

---

n. 11) gründet dies darauf, dass nur der Besitzer restituiren könne.

[1]) *Si paret illum — ab illo — in ius vocatum esse, recuperatores, illum — illi sestertium X milia condemnate.*

Zur Bezeichnung des ganzen objectiven richterlichen Rechts hat der Ausdruck „*officium iudicis*“ gedient. Ursprünglich selber von mehr subjectiver Bedeutung, die Pflicht oder der Inbegriff der Pflichten des *iudex*, ähnlich wie „*officium consulis*“, „*praefecti*“ u. s. w. geht das Wort in fast unzähligen und kaum von einander zu sondernden Abstufungen über in die andere Bedeutung, der allgemeinen Norm, die für das Verhalten der Richter in Geltung steht.“

Fast gegen jede einzelne Behauptung ist hier Einspruch zu erheben.

Der Satz zunächst, dass der Richter subjectives Recht machen könne, ist entweder unrichtig oder — vorausgesetzt, dass er objectives Recht machen kann — selbstverständlich. Er ist unrichtig, wenn, was ich nicht glaube, damit gesagt sein soll, dass die concrete *actio iudicati*, der Anspruch, der aus einer concreten *cautio iudicialis* u. s. w. hervorgeht, richterliches Recht sei; der Richter hat nur zu condemniren, die *cautio* nur anzuordnen; dass aus der Condemnation die *actio iudicati*, aus der *cautio* die *actio ex stipulatu* hervorgeht, ist Satzung des prätorischen, resp. civilen Rechts. Jener Satz ist selbstverständlich, wenn damit gesagt sein soll: die feststehende Norm, wornach der *iudex* in gewissem Fall auf dies oder jenes zu condemniren, diese oder jene Caution aufzuerlegen hat, verpflichte die Parteien (— auch ohne Process —), diese oder jene Leistung zu machen, diese oder jene Stipulation abzuschliessen.

Ich bestreite ferner, dass der Richter objectives Recht machen konnte. Wir haben bei Gaius *I, 2—7* und in *§§ 3* bis *9 J. de iur. nat. (1. 2)* ein ausführliches Verzeichniss der Quellen des Rechts, ebenso sind in den ersten Digestentiteln die Einteilungen und Quellen des Rechts offenbar in der Absicht, die Materie zu erschöpfen, behandelt: von einer rechtserzeugenden Macht der *iudices*, von einem objectiven richterlichen Rechte im Bekker'schen Sinne findet sich keine Spur. Insbesondere ist die *rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas*, obgleich sie nach *l. 38 de legib. (1. 3) vim legis* hat, keine

Rechtsquelle. Die in andauernder Gerichtspraxis sich aussprechende Rechtsüberzeugung der Richter kann — namentlich da, wo es keine ständigen berufsmässigen Richter gibt — mit höchster Wahrscheinlichkeit als die allgemeine Rechtsüberzeugung betrachtet werden, und insofern sind die *res iudicatae* Erkenntnissmittel des Gewohnheitsrechts. Selbst aber, wenn man annehmen wollte, dass in *l. 38 cit.* die Gerichtspraxis als solche als Rechtsquelle anerkannt werde, so könnte man dennoch von dem Richter, der Nicht-Recht in der Ueberzeugung, dass es Recht sei, als Recht behandelt und dadurch unbewusst neues Recht bilden hilft [1]), nur etwa in demselben Sinne sagen, dass er objectives Recht mache, wie man dies von einem Jeden sagen kann, der unbewusst an der Bildung eines Gowohnheitsrechtes teilnimmt.

Es ist also keinesfalls dies gar nicht bestehende objective richterliche Recht, was die Römer mit dem Ausdruck *officium iudicis* bezeichnen. Ebensowenig aber bedeutet derselbe, wie Bekker weiter behauptet, die allgemeine Norm, die für das Verhalten der Richter in Geltung steht [2]). Das *officium iudicis* ist vielmehr — ganz dem gewöhnlichen Sinne des Worts *officium* entsprechend — die Gesammtbezeichnung für jede dem *iudex* in Kraft seines Amtes obliegende Verpflichtung und zustehende Machtbefugniss, oder, um es kürzer zu sagen, für das Richteramt in dem subjectiven Sinne, in welchem auch wir das Wort gebrauchen [3]). Nichts berechtigt uns zu der Annahme, dass die Römer in den zahllosen Stellen, in welchen von *officio iudicis* geschehenden Restitutionen, Acceptilationen, Absolutionen u. s. w. die Rede ist, etwas Anderes

---

[1]) Dass der römische *iudex* die Befugniss gehabt habe, in irgend einer Beziehung bewusst nach einem selbstgemachten Rechte zu verfahren und zu urteilen, wird, denke ich, Niemand behaupten wollen.

[2]) Es ist zu verwundern, dass B. übersieht, wie er hier mit der unmittelbar vorher gegebenen Definition des *o. i.* in Widerspruch gerät: eben noch war das *o. i.* die durch den Richter, nun ist es die für den Richter geschaffene Norm, die doch gewiss mit jener erstern nicht identisch ist.

[3]) Z. B. wenn wir sagen: es ist meines Amtes.

sagen wollen als: es ist der *iudex*, der in Kraft seines Amts diese Restitution u. s. w. erzwingt, diese Absolution erlässt. Das *officium iudicis* ist daher selbst keine Norm, so wenig wie das *officium consulis* und *praefecti*, sondern sein Inhalt bestimmt sich nach einem über es bestehenden Recht, welches selber nirgends *officium iudicis* genannt wird[1]). Dies wird uns durch alle diejenigen Stellen bestätigt, welche *ex professo* über Inhalt und Grenzen des *officium iudicis* reden.

Zunächst erfahren wir aus *pr. J. de off. iud. (4. 17)*:

> (*Superest, ut de officio iudicis dispiciamus.) Et quidem imprimis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est.*

In Gesetzen[2]) also und im Gewohnheitsrechte, wobei allerdings in erster Linie an das in der Gerichtspraxis zur Erscheinung kommende Gewohnheitsrecht zu denken ist, haben wir die Normen über das *officium iudicis* zu suchen[3]). Daneben wäre als Hauptquelle noch das Juristenrecht zu nennen gewesen: fast jede Seite der Pandekten zeigt, wie sehr die Juristen bemüht waren, dem *o. i.* feste Regelung zu geben.

Ueber die durch diese Normen gezogenen Grenzen durfte der *iudex* nicht hinaus:

> *Factum a iudice quod ad officium eius non pertinet, ratum non est. l. 170 de R. J., l. 1 § 2 de usur. (22. 1), l. 55 de re iudic. (42. 1).*

Und wenn ihm innerhalb dieser Grenzen der für eine gedeihliche Amtsübung erforderte freie Spielraum eingeräumt wurde,

---

[1]) Auch nicht bei dem von Bekker citirten *Cic. in Verr. II. 12, 31. verb. „homo et iuris et officii peritissimus“* (d. i. ein Mann, der das Recht und seine Amtspflicht kennt).

[2]) Beispielsweise in der *lex Iulia Iudiciaria, Gell. N. A. XIV. 2, 1.*

[3]) Von der bindenden Kraft der Formel konnte natürlich in den Institutionen nicht mehr die Rede sein; vielleicht wurde diese auch schon von dem Juristen, dem die Stelle entnommen ist, als selbstverständlich übergangen, wogegen freilich das gleich in *§ 1 J. eod.* gewählte Beispiel zu sprechen scheint.

> *non quidquid iudicis potestati permittitur, id subiicitur iuris necessitati l. 40 pr. de iud. (5. 1)*,

wenn ihm sogar nach Umständen gestattet wurde, eine Entscheidung gegen die sonst anerkannte *ratio iuris* zu treffen (vgl. z. B. *l. 1 § 3 si pars hered. pet. (5. 4)*, so hatte er diese Weite des Ermessens offenbar nicht kraft eigener Machtvollkommenheit, sondern eben desshalb, weil das über das Richteramt bestehende Recht sie ihm gewährte [1]).

Ist nun das *officium iudicis* nicht Rechtsquelle, sondern das durch Formel, Gesetz, Gewohnheit, Juristenrecht geregelte Richteramt, so folgt von selbst, dass eine Wirksamkeit des *officium iudicis* auch nur da stattfinden kann, wo für eine Amtstätigkeit des Richters Raum ist. Hierin liegt der wichtige Satz: der privatrechtliche Inhalt der *intentio* ist dem Einfluss des *officium iudicis* notwendig durchaus entzogen. Der Richter hat die ihm aus der *intentio* erwachsende Aufgabe erfüllt, wenn er sich eine Ueberzeugung darüber gebildet hat, ob P. Servilius Eigentümer des *fundus Capenas* ist oder nicht, ob Numerius dem Aulus nach *ius strictum* oder nach *fides bona* dies oder jenes schuldet oder nicht, ob dies oder jenes Ereigniss eingetreten ist oder nicht. Durch diese Aufgabe nun werden offenbar die genannten rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse gar nicht berührt, es wird dem Richteramt durchaus keine Möglichkeit der Einwirkung auf dieselben eröffnet: der Richter soll nur einfach die Wahrheit hinsichtlich jener Fragen ermitteln. Dies wird ausdrücklich anerkannt in *l. 37 de V. S.*:

> *Verbum „oportere“ non ad facultatem iudicis pertinet, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur* [2]),

und wird, wenn es einer Bestätigung bedürfte, bestätigt durch

---

[1]) Reiches Material für die hier vertretene Auffassung des *officium iudicis* bietet die Erzählung des *Gellius N. A. XIV. 2.* und insbesondere der daselbst referirte Vortrag des Favorinus.

[2]) Vgl. über diese Stelle Bekker I., S. 327, Birkmeyer, S. 272, welch letzterer nur insofern irrt, als er die *facultas iudicis vel pluris vel minoris condemnandi* aus dem Zusatz *ex fide bona* ableitet.

die Tatsache, dass nie und nirgends die Wirkung eines der Rechtsgeschäfte, welche anerkannter Massen ein Eigentum *ex iure Quiritium*, ein *dare oportere* u. s. w. zu begründen oder aufzuheben im Stande sind, mit dem *officium iudicis* in Zusammenhang gebracht wird.

Der rechte Tummelplatz für das *officium iudicis* war das *arbitrium* über die von einer Partei der andern oder von ihnen gegenseitig zu machenden Leistungen und das daran sich anschliessende Endurteil. Hier h a n d e l t der Richter, hier greift er selbsttätig ein in die Gestaltung der privaten Rechtsverhältnisse, und hier war also auch der Platz für Vorschriften über Art und Inhalt der von ihm zu gebenden Entscheidung. Die erste und vornehmste dieser Vorschriften war und blieb, wie natürlich, die F o r m e l, und es erklärt sich leicht, dass die Juristen, wo es irgend anging, die im Laufe der Zeit sich vollziehende Fortbildung des *officium iudicis* an den Wortlaut der Formel anzuknüpfen suchten. So wurde z. B. bei den *actiones arbitrariae* die Clausel *nisi arbitratu tuo restituet* (oder wie sie sonst lauten mochte) als willkommener Anhaltspunkt benutzt. Namentlich dürfte diese Clausel in der Entwicklungsgeschichte der *rei vindicatio* und der *hereditatis petitio* eine wichtige Rolle gespielt haben. S i e wird den Uebergang vermittelt haben, als man den schwerfälligen und doch dem Bedürfniss nicht genügenden Zwölftafelsatz *Si vindiciam falsam tulit etc.* aufgab und allmählich zu den noch heute geltenden Principien über den Fruchtersatz in der r. v. gelangte. Auf s i e wird man sich berufen haben, als man dem Erbschaftsbesitzer auch ohne *exceptio doli* Ersatz für seine Verwendungen zuzubilligen begann [1]). Allein die Möglichkeit der Anknüpfung

---

[1]) G a i u s in *l. 39 § 1 de h. p. (5. 2)* scheint hier die *exceptio doli* noch für nötig zu halten. S c ä v o l a in *l. 58 eod.* erklärt sie in einem besonders gearteten Fall, P a u l u s in *l. 38 eod.* ganz allgemein für überflüssig: „*et id ipsum officio iudicis continebitur; nam nec exceptio doli mali desideratur.*“

Dagegen scheint man in der *r. v.* das Erforderniss formulirter *exceptio*, an welche sich das *o. i.* anlehnen konnte, nie aufgegeben zu haben, vgl. P a p i n i a n in *l. 48. 65 pr. de r. v.* und P a u l u s selbst in *l. 14 § 1 comm. div. (10. 3)*.

an die Formel hatte ihre Grenzen. Wir haben bereits oben darauf hingewiesen, dass sich z. B. der Satz *omnia iudicia esse absolutoria* bei den nicht arbiträren *actiones in factum conceptae*, oder vielmehr richtiger: überhaupt bei den nicht arbiträren *actiones*, auf keine Weise aus der Formel rechtfertigen liess [1]). In solchen Fällen trat das *officium iudicis* in offenen Widerspruch mit der Formel, und man war daher hier genötigt anzuerkennen, dass neben dieser noch Vorschriften für den *iudex* existirten, durch welche die prätorische Instruction ergänzt und modificirt werde. Sein juristisches Gewissen konnte man dabei durch die Annahme beruhigen, dass die Beobachtung dieser anderweiten Vorschriften doch auch in dem Willen des die hergebrachte Formel erteilenden Prätors liege [2]).

Es wirft sich nun aber von selbst die Frage auf: wozu alle diese Umwege und Umstände? Warum setzte man überhaupt das *officium iudicis* in Bewegung, da es sich doch — wenigstens in allen von uns bisher namhaft gemachten Fällen — der Sache nach um privat- oder processrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen der P a r t e i e n handelte? Warum sprach man es nicht offen aus, dass der Eigentümer gegen den Sachbesitzer Anspruch auf Fruchtersatz habe, dass der Erbe dem Erbschaftsbesitzer Impensen zu vergüten verbunden sei u. s. w.? warum wählte man statt dessen die Form einer Vorschrift für den R i c h t e r, sein *arbitrium* so oder so einzurichten, seine *condemnatio* auf diesen oder jenen Betrag zu normiren u. dgl.? Die Antwort auf diese Frage ist meist nicht sehr schwer zu finden. Was z. B. das *officium iudicis* in der *actio in rem* betrifft, so machte der Wortlaut der *intentio* dieser letztern es schlechthin unmöglich, die mit dem

---

[1]) Bei den *actiones in ius conceptae* desshalb nicht, weil die Wahrheit des Intentionsinhalts nach dem Moment der Litiscontestation beurteilt werden musste.

[2]) So verfuhr man wahrscheinlich z. B. gerade mit der in *§ 30 J. de action. (4. 6)* enthaltenen Regel über das *officium iudicis in b. f. iudicio*: *„in bonae fidei iudiciis libera potestas p e r m i t t i v i d e t u r etc.“*, von welcher im Text weiter unten die Rede sein wird.

dinglichen Anspruch in Connex stehenden persönlichen Nebenansprüche oder Nebenverbindlichkeiten auf einem andern Wege in das *iudicium* über die Hauptsache zu bringen als eben auf dem Umwege über das *officium iudicis;* ja, der dingliche Anspruch selber musste sich hinter dies *officium* verstecken [1]), weil die Römer hartnäckig an der Anschauung festhielten, dass das dingliche Recht ein Verhältniss zur Sache und nicht zur Person sei, und darum in der *intentio* der Person des Processgegners keine Erwähnung taten. Es konnte ferner der Satz *omnia iudicia esse absolutoria* in unmittelbaren Einklang mit der *intentio* der *actiones in personam in ius conceptae* nur unter der Voraussetzung gebracht werden, dass man das Princip, wornach die *intentio* von dem Moment der *litis contestatio* zu verstehen ist, aufgab, was aus vielen Ursachen nicht anging; bei den *actiones in factum conceptae* und den *actiones in rem* aber widerstrebte die *intentio*, selbst unter dieser Voraussetzung, jedem Vereinigungsversuch u. s. w. u. s. w.

Allein diese Erklärung scheint uns im Stich zu lassen, sobald wir unserer Hauptfrage näher treten, der Frage: wesshalb im *bonae fidei iudicium* gewisse schon vor dem *iudicium* eingetretene Tatsachen rechtliche Wirkung nur durch das *officium iudicis* äussern konnten? Hier lautet die *intentio: quidquid* N^m A^o *d. f. oportet ex fide bona.* Und diese Worte scheinen jedem vor der Litiscontestation liegenden Umstand, welcher *ex fide bona* erheblich ist, den gebührenden Einfluss auf die Obligation selber zu sichern; Aufgabe des *iudex* scheint es — von den Vorfällen *durante iudicio* abgesehen — allein zu sein, in seinem *arbitrium* die Erfüllung der Verpflichtungen, wie sie nach der *intentio* bestehen, ausdrücklich zu befehlen, bei Nichterfüllung dieselben durch die *condemnatio* in Geld umzusetzen oder, wenn er findet *nihil d. f. oportere ex fide bona*, zu absolviren. Dass

---

[1]) Darum ist es *officium iudicis, ut iudex inspiciat an reus possideat;* darum findet die Restitution auch der Hauptsache *officio iudicis* statt, während eine Parteiverpflichtung zu dieser Restitution nirgends anerkannt wird u. s. w.

ein Umstand *ex aequo et bono* Berücksichtigung verdiene und doch den Inhalt der *intentio* nicht alterire, scheint widersinnig. Und doch kann dies vorkommen, und ist dies sogar durchaus nicht so wunderbar, als es auf den ersten Blick aussieht.

Das Recht der *b. f. negotia* ist nicht mit einem Male fertig in die Welt getreten, sondern hat sich in langsamer gewohnheitsrechtlicher Fortbildung nach und nach zu derjenigen Freiheit entwickelt, welche ihm zur Zeit der Pandektenjuristen eigen ist. Nicht als ob man für das, was Billigkeit, was Treue und Glauben verlangen, in den Zeiten des ältern Cato ein weniger feines Gefühl gehabt hätte, als etwa in denen eines Commodus und Caracalla. Allein nicht jede Anforderung der *bona fides* musste auch sogleich als rechtliches Sollen, als *oportere* anerkannt sein; unterscheiden wir doch noch heute zwischen dem, was ein Contrahent von Rechtswegen *ex bona fide* leisten muss, und dem, was ein billig denkender Mann in seinem Falle tun würde. So dürfte man z. B. erst in der Generation, die Cicero vorangeht, angefangen haben, bei Consensualcontracten die Verpflichtungen der Parteien auch über das gesprochene Wort hinaus auszudehnen[1]; und noch Labeo — *l. 7 § 3 de d. m. (4. 3)* — hält es für ganz sicher, dass der Verkäufer eines Sklaven, der ihm nach dem Kaufabschluss, aber vor der Tradition Gift gebe, keinesfalls mit der *actio emti*, höchstens aus einer etwaigen *cautio de dolo* mit der *actio ex stipulatu* belangt werden könne.

Diese Allmählichkeit der Entwicklung nun verbreitet Licht über die Rolle des *officium iudicis* im *b. f. iudicium.*

---

[1]) Dies schliesse ich aus den von Cicero *de off. III. 66, 67. Val. Max. VIII, 2, 1* mitgeteilten Rechtsfällen, vgl. Bekker a. a. O. S. 163ff. Die Fälle werden von Cicero erzählt, um das *„a iure consultis etiam reticentiae poena est constituta“ (III. 65)* zu belegen, und es bleibt daher, trotz der abweichenden Meinung Karlowa's, Civilprocess S. 130 *n. 1*, das Wahrscheinlichste, dass sie ihre Berühmtheit dem Fortschritt in der Auslegung des *ex fide bona*, welchen sie bekunden, verdanken.

Wenn nämlich in der Praxis der *iudices* ein neuer Rechtsgedanke sich geltend zu machen begann, welchen die Jurisprudenz im Augenblick weder durchaus verwerfen noch auch allgemein billigen wollte, so war es ein sehr naheliegendes Auskunftsmittel, zunächst einmal die Verantwortlichkeit für die Entscheidung in den Einzelfällen auf den Schultern der *iudices* zu belassen. Der *iudex*, mochte man z. B., als die *iudices* anfingen, Verzugszinsen zuzubilligen, mit einigem Schein sagen, sei durch die Formel unzweifelhaft nicht gezwungen, auf solche Zinsen zu erkennen; denn Verzugszinsen seien nach geltendem Rechte in dem *quidquid d. f. oportet ex f. b.* nicht enthalten; allein es sei ja, als man die ehemaligen *arbitria* zu *b. f.* Judicien umschmolz, nicht die Absicht gewesen, dem Richter die ihm dort zugestandene *libera potestas ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debeat* zu nehmen; die Formel, wenn sie es auch nicht ausdrücklich sage, ermächtige ihn, seine Condemnation, statt nach dem bei den *stricta iudicia* üblichen starren Umrechnungssystem, gleichfalls nach *fides bona* einzurichten [1]; und finde nun der Richter, dass dem Kläger für die verspätete Leistung des *quidquid d. f. o. e. f. b.* eine Entschädigung gebühre, so sei ihm die Befugniss nicht abzusprechen *(officio iudicis contineri)*, auf eine solche in Gestalt von Verzugszinsen *ex fide bona* zu erkennen. Nachdem sich einer oder mehrere bedeutende Juristen in solcher Weise geäussert hatten, war es natürlich, dass man vor den *iudices* auf den Satz *in b. f. iudiciis usuras ex mora officio iudicis contineri* Bezug nahm, dass alle Entscheidungen darauf gebaut wurden und dass sich daher der Satz auch dann noch erhielt, als der Anspruch auf Verzugszinsen längst unbestrittener Bestandteil des geltenden Rechts geworden war [2], *l. 49 § 1 de*

---

[1]) Man darf sich hier auf die Analogie der *actio arbitraria de eo quod c. l.* beziehen; vgl. *l. 8 de eo quod certo loco (13. 4)*, wo von einer Stipulation die Rede ist, *circa cuius exsecutionem aestimationis actio arbitrio iudicis committitur. cf.* auch *l. 10 eod.*

[2]) Der Ausschluss der gesonderten Klage auf Verzugszinsen ist eine Wirkung des Umstands, dass der Anspruch nicht zu dem *dare facere*

act. emt. (19. 1), *l.* 54 *pr. loc.* (19. 2), *l.* 60 (58) *pr. ad SC Treb.* (36. 1). Ganz ähnlich nun, wie mit dem Anspruch auf Verzugszinsen, verhielt es sich auch mit unserer Regel „*exceptio doli b. f. iudiciis inest* [1]).“

Nichts dürfte weniger wahrscheinlich sein, als dass die *b. f. iudicia* gleich im Anfang ihres Bestehens von den altcivilrechtlichen Beschränkungen der Verteidigung frei gewesen seien. Ob *dolus* des Klägers, ob *pactum de non petendo* u. dgl. die Absolution des Beklagten rechtfertige, das waren nicht bloss materiellrechtliche, sondern eminent wichtige processpolitische Fragen, welche die Römer bei den *b. f. iudicia* so wenig wie anderwärts als blosse Controversen über die Auslegung der Formel behandelt haben werden. Alles spricht daher gegen die Annahme, dass jene Verteidigungsgründe im *b. f. iudicium* schon vor Einführung der betreffenden Exceptionen berücksichtigt worden. Dann aber liegt es in der Natur der Sache, dass diese Exceptionen ursprünglich auch im *b. f. iudicium* formulirt sein mussten; denn man wird nicht plötzlich den Sprung von der Nichtbeachtung zur Beachtung ohne formulirte *exceptio* gemacht haben. Hiegegen darf man sich nicht berufen auf die *exceptio*, durch welche nach Cicero's Mitteilung (*ad Att. VI. 1, 15*) schon *Q. Mucius Scaevola* in seinem Provincialedict (um 98 v. Chr.) aus Schonung gegen die Publicanen die unhöfliche *exceptio doli* [2]) ersetzt hatte:

extra quam si ita negotium gestum est, ut eo stari non oporteat ex fide bona,

d. h. freilich so viel als: „es sei denn, dass das Geschäft,

---

oportere, sondern — *l. 54 cit.* — nur zu dem *condemnari oportere ex f. b.* gehört. Diese Wirkung erregte in der Praxis keinen Anstoss, weil in der Annahme des Capitals in der Regel ein Verzicht auf die Verzugszinsen liegt. *arg. l. 10 i. f. de eo q. c. l.* (13. 4).

[1]) Und ebenso noch mit manchem andern Rechtssatz, z. B. mit der Zulassung der Compensation, des *iuramentum in litem* u. s. w. im *b. f. iudicium.*

[2]) Um diese handelt es sich ohne Zweifel. *arg. l. 11 § 1 i. f. de d. m.* (4. 3). Savigny, System V. S. 473 *n. b.*

wegen *dolus actoris*, nicht aufrechterhalten zu werden braucht[1])"; und also, möchte man schliessen, ist ein *dare facere oportere ex fide bona* nach Mucius' Ansicht bei *dolus actoris* nicht vorhanden. Allein ein solcher Schluss wäre voreilig. Dass die Römer zu Mucius' Zeiten schon wussten, es sei *dolus* das Gegenteil der *fides bona*, beabrede ich ganz und gar nicht. Die Frage aber, um die es sich für uns handelt, ist die: ob ein römischer *iudex* damals ein *dare facere oportere ex fide bona* auf Grund eines Mucianischen *negotio stari non oportere ex fide bona* zu verneinen wagte. Und diese Frage ist, wie bereits bemerkt, keine Frage der Formelauslegung[2]), sondern ihre Beantwortung hängt ab von den positiven Rechtsgrundsätzen, welche damals über das *d. f. o. e. f. b.* galten.

Die *exceptio* war also anfänglich auch im *b. f. iudicium* notwendig. Aber es werden sich im Laufe der Zeit Parteien gefunden haben, die, vielleicht im Vertrauen auf die missverstandene *intentio*, die *exceptio* vom Prätor zu erbitten versäumten, eine Versäumniss, gegen die dieser damals noch nicht so leicht Restitution erteilt haben mag, wie später. Für die Advocaten — man denke an die Art, wie Cicero in seinen civilprocessualischen Reden die Formelworte breitzuschlagen pflegt, — erwuchs dann die willkommene Aufgabe, den Geschworenen zu überzeugen, dass ihn eigentlich schon die *actio pura* dazu nötige, bei *dolus actoris* zu absolviren. Ein und der andere *iudex* wird sich haben bereden lassen, und ganz allmählich werden sich die Anfänge einer Praxis bemerkbar gemacht haben, welche die *exceptio* als überflüssig betrachtete. Die Jurisprudenz hatte sich nun

---

[1]) Mit Recht bemerkt Savigny a. a. O., dass das *oportere* hier nicht den streng juristischen Sinn habe, wie in der *formula in ius concepta.*

[2]) Denn der Sinn der Formel ergibt sich aus dem bestehenden Rechte und nicht umgekehrt. Auch Labeo im Fall der *l. 7 § 3 de d. m.* wird sich über das, was hier die *bona fides* verlange, klar gewesen sein; aber das Recht seiner Zeit gab dem *dolus* des Verkäufers, dessen sich dieser nach dem Geschäftsabschlusse schuldig machte, keinen Einfluss auf das einmal begründete *quidquid d. f. o. e. f. b.* desselben.

über die Stellung zu entscheiden, die sie solcher Praxis gegenüber nehmen wollte. Dieselbe nebst ihren Motiven in einer Zeit noch nicht abgeschlossener Entwickelung unbedingt zu acceptiren, schien gefährlich: es mag immer noch viele *iudices* gegeben haben, welche sich über den Mangel der *exceptio* nicht hinwegsetzten; hätte man nun anerkannt, dass *dolus actoris* das *d. f. oportere ex fide bona* vernichte, so musste der Prätor, der diese Meinung teilte, die dann ja tautologische *exceptio* verweigern, und hiedurch konnte, je nach der unberechenbaren Ansicht des *iudex*, mancher Beklagte auf das Schwerste geschädigt werden. Die neue Praxis unbedingt zu verwerfen, ging noch weniger an, wenn man sich nicht im Stande fühlte, dieselbe gleichzeitig auszurotten. Man wählte nun einen Mittelweg, welcher der vorsichtigen Partei die Möglichkeit liess, die *exceptio* zu erlangen, und gleichwohl den *iudex* nicht hinderte, auch ohne *exceptio* zu absolviren. Man sagte nämlich: „der *dolus actoris* alterirt zwar den Inhalt der *intentio* nicht; aber die in der Formel nicht ausgedrückte Vorschrift, auch *arbitrium* und *condemnatio* nach *fides bona* zu erlassen, macht es dem *iudex* zur Pflicht, so zu urteilen, als ob die *exceptio doli* wirklich eingerückt wäre[1]: „*exceptio doli officio iudicis continetur, exceptio doli b. f. iudicis inest.*"

Auf diese Weise wurde die Notwendigkeit der ausgedrückten

---

[1] Es ist interessant, dass die Quellen das *officium iudicis* als Rechtfertigungsgrund für die Absolution auch sonst immer nur da betonen, wo die *intentio* dieselbe nicht rechtfertigt, vgl. z. B. *l. 14 § 5 quod met. c. (4. 2). l. 40 § 3 de h. p. (5. 3). l. 38. l. 58 eod. l. 9 de r. v. (6. 1). l. 14 § 1 de nox. act. (9. 4). l. 4 § 1 de eo q. c. l. (13. 4). l. 31 § 13 de aedil. ed. (21. 1). l. 5 de interd. (43. 1). l. 41 § 1 de o. et a. (44. 7). l. 61 pr. de furtis (47. 2). Gaius IV. 114. § 2 J. de perp. et temp. (4. 12).* Besonders lehrreich behufs Kennzeichnung der Fälle, in denen man vorzugsweise an Nutzbarmachung des *o. i.* dachte, ist *l. 42 § 3 sol. matr. (24. 3):*

> *Ad virum uxore post divortium reversa, iudicium acceptum ex stipulatione, quam extraneus, qui dotem dederit, stipulatus fuerit, non dissolvitur nec officio iudicis absolutio continetur.*

exceptio doli beseitigt und dennoch Raum für ihre Einrückung gelassen, wenn die Partei dieselbe wünschte; denn solch ein Wunsch ging nun nicht dahin, dass der Prätor dasselbe zweimal sagen, sondern dahin, dass er die Beobachtung einer in der *actio* nicht ausgedrückten, sondern nur stillschweigend verstandenen Vorschrift dem *iudex* ausdrücklich ans Herz lege. Und dies Verhältniss erhielt sich: denn jene Regel wurde, nachdem sie einmal aufgestellt war, gleich der vorhin betrachteten von den Verzugszinsen, die Grundlage der sich immer mehr befestigenden Gerichtspraxis und pflanzte sich so *in omne aevum* fort.

Die Resultate der vorstehenden Untersuchung lösen, wie ich glaube, den anscheinenden Widerspruch zwischen der Regel *exceptio doli etc.* und unserer Theorie über den Ursprung der Exceptionen auf das Befriedigendste.

Es bleibt vor Allem unberührt die Grundlage unserer Theorie: dass die Exceptionen ihre Entstehung dem Bedürfniss verdanken, solchen Verteidigungsgründen Eingang in das *iudicium* zu verschaffen, welche die Fassung der *intentio* ausschloss. Es erklärt sich ferner vollkommen, dass trotz jener Regel sich auch im *b. f. iudicium* formulirte Exceptionen finden können[1]). Es erhellt endlich, warum der Einwand des *dolus* auch hier *exceptio* hiess und als solche behandelt wurde. Denn erstens war seine Function hier genau dieselbe wie sonst: er verhinderte die Condemnation, ohne doch das civile *oportere* zu zerstören. Zweitens hat uns die Entstehungsgeschichte unserer Regel gezeigt, dass man die Befugniss des *iudex*, wegen *dolus actoris* zu absolviren, auf eine kraft seines *officium* von ihm zu subintelligirende *exceptio doli* basirte.

Wenn man nun noch darüber streiten wollte, ob die Römer unsern Satz auf civiles Gewohnheitsrecht[2]) oder auf

---

[1]) Wenn ich auch nicht behaupten möchte, dass gerade in den gewöhnlich hiefür angeführten Stellen — *Gai. IV. 126a, l. 25 de act. emt, (19. 1)* — ein *b. f. iudicium* in Frage steht, vgl. die bei Birkmeyer. S. 256 *n. 5*, angeführten Schriftsteller und Eisele, in der krit. Viertjschr. XVI. S. 516 fg.

[2]) Auf Gesetz beruhte die Umwandlung der *arbitria in b. f. iudicia*

den unausgesprochenen Willen des Prätors (S. 78 *n. 2*) zurückführten, so möchte dies ein sehr müssiger Streit sein. Denn gesetzt auch, dass ersteres richtig ist: so hat man doch die Vorschrift jenes Gewohnheitsrechts in eine Form gebracht, durch welche dasselbe in eine Reihe mit den früher betrachteten Senatsconsulten tritt. Wie dort dem Prätor befohlen wird, Exceptio zu erteilen, so wird hier dem *iudex* vorgeschrieben, dass er die *exceptio* ein für alle Mal als erteilt zu betrachten habe, d. h.: der *iudex* wird ermächtigt, einen prätorischen Absolutionsgrund auch ohne prätorische Anweisung zu berücksichtigen.

§ 10.

Die sogenannte *ipso-iure*-Wirkung der *exceptio doli* im *b. f. iudicium.*

Durch das Ergebniss der im vorigen Paragraphen angestellten Untersuchung ist uns, wie wir demnächst sehen werden, auch der Weg geebnet für das richtige Verständniss derjenigen Stellen, in welchen von Tatsachen, die sonst nur *per exceptionem* zur Geltung kommen, mit Bezug auf *b. f.* Judicien gesagt wird, dass sie *ipso iure* wirken [1]).

---

nicht. *cf. Cicero, de off. III. 61. v. „et sine lege iudiciis, in quibus additur EX FIDE BONA.“*

[1]) Es gehören übrigens nicht alle von Eisele und Birkmeyer (s. S. 68 *n. 1*) hieher gerechneten Stellen wirklich hieher, sondern nur: *l. 28 de act. emt. (19. 1). l. 34 § 1 de O. et A. (44. 7). l. 72 pr. de solution. (46. 3)* und wahrscheinlich auch *l. 16 § 1 de minor. (4. 4). l. 3 § 3 pro socio (17. 2). l. 36 de oper. lib. (38. 1). l. 1 § 7 quar. rer. (44. 5)*, wofern nicht in den vier letztgenannten Stellen eine in der besondern Natur des Gesellschaftsverhältnisses begründete Singularität des Societätsrechts — man denke an das *ius fraternitatis in l. 63 pr. pro socio* — vorliegen sollte. Dagegen gehört namentlich nicht hieher die ganze Reihe derjenigen Stellen, in denen von dem Satze *„impensas necessarias dotem ipso iure minuere“* die Rede ist. Dieser Satz hat mit dem *exceptionem doli b. f. iudiciis inesse* nicht das mindeste zu tun und gilt für die *actio ex stipulatu* und *ex testamento* genau ebenso wie für die

Es werden diese Stellen von entgegengesetzter Seite in entgegengesetzter Richtung benutzt.

Die Verteidiger derjenigen Ansicht, welche in dem Einwand des *dolus*, soweit der Satz *exceptio doli inest b. f. iudiciis* reicht, die Verneinung des *dare facere oportere ex fide bona* sehen, übersetzen hier die Worte *ipso iure* mit „schon nach dem einfachen Wortlaut der *actio*“ oder „schon nach dem Wortlaut der *formula*“ oder „ohne dass es einer *exceptio* bedarf“ oder „nach dem der Klage zu Grunde liegenden Rechte selbst“ und glauben hier in den Quellen die offenbare Bestätigung ihrer Meinung zu finden: die *exceptio* ist überflüssig, weil schon der Wortlaut der *intentio* den Kläger schützt [1]).

Birkmeyer (S. 105 fgg.) hingegen übersetzt *ipso iure* mit „schon nach *ius civile*“, beweist alsdann, dass die *exceptio doli* auch im *b. f. iudicium* nur als *exceptio* wirkt, und schliesst: folglich kann ein Umstand schon nach Civilrecht erheblich sein und doch nur *per exceptionem* wirken (a. a. O. S. 253).

Von unserm Standpunkt aus müssen wir, wie sich von selbst versteht, gegen jede dieser Deutungen Einspruch erheben. Das richtige Verständniss jener Stellen wird sich von selbst ergeben, sobald wir den wahren Sinn der Worte *ipso iure* überhaupt ermittelt haben werden, eine Aufgabe, mit deren Lösung sich die folgende Untersuchung beschäftigen wird. Um nicht ins Endlose zu geraten, unterlasse ich dabei alle Polemik gegen andere Meinungen und werde auch die meinige nur in möglichster Kürze begründen. Am nächsten steht dieselbe der Dernburgs [2]), dessen Ausführungen auch sicherlich allgemeineren Beifall gefunden haben würden, wenn nicht der Eindruck seiner Gründe durch das von Vielen problematisch erachtete Resultat, welches Dernburg aus

---

actio rei uxoriae. cf. c. un. § 5 de rei uxor. act. (5. 13). l. 1 § 4 de dote prael. (33. 4). Ueber seinen Ursprung vgl. Ihering, III. S. 68 fgg. Hinsichtlich der *l. 10 de compens. (16. 2)* vgl. die Beilage.

[1]) Vgl. statt Vieler: Eisele, S. 74. Keller, § 35 (3. Aufl. S. 139), Bethmann-Hollweg, II. S. 399.

[2]) Compensation, S. 315 fgg.

seiner allgemeinen Betrachtung für den Satz „*ipso iure compensatur* [1])" zieht, erheblich beeinträchtigt worden wäre.

Das Wort *ipse* dient zur Hervorhebung und isolirt durch die Hervorhebung. Daher hat es, wie das griechische *αὐτός*, sehr häufig die Bedeutung „für sich allein [2])". Die Grammatiker nennen es in dieser Function das *pronomen discretivum*, „*quia discernit personam cui coniungitur ostendens per se facere et non per alium*" *(Priscian., partit. 172)*. Discretive Function hat es denn auch in der Verbindung *ipso iure*, d. h. **nach dem Recht für sich allein.**

Es hat nun aber das Recht absolut für sich allein überhaupt keine Rechtswirkung; hiezu ist vielmehr immer weiter erfordert der Eintritt gewisser vom Rechte selbst gesetzter Voraussetzungen (Entstehungs- und Untergangsvoraussetzungen der Rechte), mitunter die Tätigkeit von Magistraten, Richtern, ja, wie wir sehen werden, in gewissem Sinne auch von Juristen. Hieraus folgt, dass die Worte *ipso iure* mit Bezug auf den Eintritt oder Nichteintritt einer Rechtswirkung niemals in absolutem, sondern stets nur in relativem Sinne gebraucht sein können; d. h. wenn ein Jurist den Eintritt oder Nichteintritt einer Rechtswirkung dem Recht für sich allein zuschreibt, so will er damit sagen, nicht: dass die blosse Existenz des Rechtssatzes genüge, um jenen Effect hervorzubringen oder seine Hervorbringung zu hindern, sondern: dass zu diesem Behufe der Eintritt irgend einer bestimmten Tatsache, die Vornahme irgend einer bestimmten Handlung, an welche im betreffenden Falle vorzugsweise gedacht werden könnte, nicht erfolgt zu sein brauche oder nicht erfolgt sein dürfe.

---

[1]) Meine eigene Ansicht über diesen Satz, dessen Besprechung behufs völliger Sicherstellung der Resultate der im Text folgenden Untersuchung nicht umgangen werden konnte, gebe ich in der Beilage.

[2]) So z. B. bei Terenz in den Wendungen „*ipsa res monet*", „*ipsa res indicat*" *(Andria 551. Eunuch. 705)*, bei Vergil *(Aen. XII. 843)*: „*his actis aliud genitor secum ipse volutat*". Besonders bezeichnend sind folgende Ciceroniana: „*hoc quid sit, per se ipsum non facile interpretor: sed ex eo quod sequitur, suspicor etc.*", „*erat ipse immani acerbaque natura Oppianicus, incendebat eius amentiam — mater*", „*ignoratio rerum, e qua ipsa horribiles exsistunt saepe formidines*".

Der Ausdruck *ipso iure* hat daher niemals eine positive, sondern immer nur eine negative, ausschliessende Bedeutung. Eben darum kann von einer und derselben Rechtswirkung in der einen Beziehung gesagt werden, dass sie *ipso iure* eintrete, in der andern aber eben dies verneint werden, und wenn wir die concrete Function des Ausdrucks feststellen wollen, ist es in jedem Einzelfall unerlässlich, den vorgestellten und durch das *ipso iure* ausgeschlossenen Gegensatz zu ermitteln.

Ich werde nunmehr diese Methode und damit zugleich die Richtigkeit unserer Deutung des Ausdrucks an den verschiedenen Anwendungsbeziehungen desselben erproben. Zunächst sollen die beiden wichtigsten dieser Beziehungen, alsdann einige seltener vorkommende, die aber, weil sie die durchgängig gleiche Function des *ipso iure* erweisen, für uns gerade von hervorragender Bedeutung sind, betrachtet werden.

A. Am häufigsten dient „*ipso iure*“ dazu, den Gedanken an irgend eine Tätigkeit des Magistrats auszuschliessen. Diese Tätigkeit kann der manichfaltigsten Art sein: Erteilung oder Verweigerung einer *actio*, Erteilung einer *exceptio* (dies am häufigsten), einer *bonorum possessio*, einer *in integrum restitutio*, *tuitio praetoris* im Besitze eines Rechts überhaupt u. s. w. Je nachdem es sich um den einen oder andern dieser Acte handelt, will „*ipso iure*“ sagen: ohne dass es einer *datio* oder *denegatio actionis* oder *datio exceptionis* u. s. w. u. s. w. bedarf.

Citate sind hier im Allgemeinen nicht nötig, wohl aber eine Bemerkung zur Aufklärung.

Wenn ein Jurist uns mitteilt, es sei, um diesen oder jenen rechtlichen Effect hervorzubringen oder zu hindern, diese oder jene Tätigkeit des Magistrats nicht erfordert, so ist in 99 von 100 Fällen darauf zu rechnen, dass der betreffende Effect kraft *ius civile* eintritt oder nicht eintritt.

Die Gründe dieser Erscheinung sind ebenso einfach wie naheliegend. Vor Allem kann von einer, wenn ich so sagen darf, Selbsttätigkeit des *ius honorarium* ohne Mitwirkung des Prätors streng genommen überhaupt nicht gesprochen werden:

denn hier tritt keine Rechtswirkung ein es sei denn durch den Prätor. Während also z. B. ein *dare oportere* ganz ohne dessen Zutun untergeht, kann im Gebiete des *ius honorarium* eigentlich nie gefragt werden: soll der Prätor dem Beklagten helfen oder genügt zu dessen Schutze schon das Recht für sich allein? sondern nur: hilft der Prätor durch Restitution oder durch Exception oder dadurch, dass das contradictorische Gegenteil der befreienden Tatsache zur intentionsmässigen Condemnationsbedingung gemacht ist[1]? Nun verkenne ich zwar durchaus nicht, dass die prätorischen Actionsformeln durch ihre Aufnahme ins Edict einen ähnlichen Grad von Festigkeit und Selbständigkeit erlangt hatten, wie die *actiones civiles*, so dass man die Formulirung auch jener im Einzelfalle regelmässig[2]) nicht mehr als prätorischen Act empfand; insofern also konnte man, wo die Notwendigkeit

---

[1]) Man merke auf den Unterschied: wer ein Darlehen heimzahlt, kann nicht condemnirt werden, weil das *dare oportere* getilgt ist; die Zahlung der Pfandschuld hingegen tilgt das Pfandrecht, weil nun keine Condemnation auf die *actio hypothecaria* mehr stattfinden kann.

[2]) Regelmässig. Ein Beispiel der entgegengesetzten Auffassung bietet die gewöhnlich missverstandene *l. 27 pr. de noxal. act. (9. 4)*. In einem Falle, wo der Magistrat die *actio hypothecaria* und zwar unzweifelhaft *propter exceptionem* denegirt, meint hier Gaius, man könne sagen *(dici potest)*: „*ipso iure pignus liberari*; *nullum enim pignus est, cuius persecutio negatur.*" Statt also, wie sonst, daraus, dass der Pfandbesitzer zu seinem Schutze einer *exceptio* oder *denegatio actionis* bedarf, zu schliessen, dass das Pfand *ipso iure* nicht liberirt sei, argumentirt hier der Jurist: „da das Pfandrecht nur durch die Erteilung der *actio* existirt, so stellt deren Verweigerung lediglich den *status quo ante*, die Herrschaft des *ius civile*, welchem das Pfandrecht fremd ist, wieder her; es wird daher das Pfand hier liberirt nicht sowohl durch einen Eingriff des Prätors in den Lauf des Rechts, als vielmehr dadurch, dass derselbe dem Rechte seinen Lauf lässt *(ipso iure)*." Kein Zweifel, dass dieser Gedankengang, wonach die *denegatio* der *pignoris persecutio* das *ius civile* in seine alten Rechte wieder einsetzt und zur alleinigen Norm über die Rechtsverhältnisse der verpfändeten Sache macht, etwas gesucht Geistreiches hat. Allein gerade dies bestätigt die Richtigkeit unserer Interpretation. Denn, wenn Gaius nicht etwas Gewagtes sagen wollte, wozu dann das vorsichtige *dici potest?* und, wenn er nichts Geistreiches sagen wollte, wozu dann der gewagte Ausdruck?

einer *exceptio* gegenüber einer *actio honoraria* verneint werden sollte, sagen, der Beklagte sei hier schon durch das (in der *intentio* krystallisirte) Recht für sich allein geschützt. Allein zwei Umstände tragen dazu bei, diese Redewendung höchst ungewöhnlich zu machen. Erstens nämlich wird einer *intentio in factum concepta* gegenüber die Frage, ob eine *exceptio* notwendig sei, in der Regel gar nicht aufgeworfen und discutirt werden, weil sie durch den Wortlaut der *intentio* sich von selber entscheidet. Zweitens aber handelt es sich, wo hier dennoch Zweifel entstehen, meist um die Interpretation eines einzelnen Worts; und wie es sehr natürlich ist, dass man bei einer *intentio in ius concepta* untersuchte, was über das *dare oportere* u. s. w. Rechtens sei und ob dies Recht für sich allein genüge, um den Beklagten zu schützen, so lag es bei einer *intentio in factum concepta* am nächsten zu fragen, was das zweifelhafte Wort bedeute und ob es bei richtiger Deutung den Beklagten sichere. Daher finden wir in *l. 17 de pec. constit. (13. 5)*, wo die Auslegung der Worte *neque fecisse* in der Formel der *actio de pecunia constituta* in Frage steht, die Alternative nicht gestellt auf „*exceptione?*“ oder „*ipso iure?*“ sondern auf „*exceptione?*“ oder „*iusta interpretatione?*“

Aus diesen Erwägungen erklärt es sich meines Erachtens vollkommen, warum derjenige, welcher *ipso iure* in dem vorliegenden Gegensatze mit „schon nach *ius civile*“ übersetzt, materiell fast niemals irre geht. Gleichwohl ist diese Uebersetzung ungenau, weil sie in den Gedanken des Juristen etwas hineinträgt, was ihm fremd ist. Dem Juristen, der z. B. von einem *ipso iure agere posse* oder *non posse* redet, kommt es ganz und gar nicht darauf an, dass dies Verhältniss gerade nach *ius civile*, sondern darauf, dass es nach dem Recht für sich allein, d. h. ohne den Prätor stattfindet. „*Ipso iure agere possum*“ heisst: ich dringe mit der *actio* durch, wenn der Prätor dem Beklagten nicht hilft; „*ipso iure agere non possum*“: ich dringe mit der Klage nicht durch, ohne dass der Prätor dem Beklagten zu helfen braucht.“ *Iure civili teneri* und *ipso iure petere*

posse (bei *Gaius IV. 116*) sagt daher nicht dasselbe, sondern das eine ist die Ursache des andern; weil ich nach *ius civile* hafte, weil also die *intentio dari oportere* wahr ist (*quia obligatio pacto convento non tollitur, Gai. l. c.*), darum siege ich im Process, wenn sich der Prätor nicht ins Mittel legt.

In einigen wenigen Fällen übrigens ist das gegenüber der *exceptio* isolirte *ius* in der Tat nicht *ius civile.* Hieher gehört zunächst der Satz, dass das *pactum* die *actio iniuriarum* und die *actio furti,* nicht nur *nec manifesti,* sondern auch *manifesti, ipso iure* tilge. *l. 17 § 1. l. 27 § 2 de pactis (2. 14), arg. l. 42 § 1 de furtis (47. 2);* ferner *l. 11 § 7 de instit. act. (14. 3):*

> *Si institoria recte actum sit, tributoria ipso iure locum non habet, neque enim potest habere locum tributoria in merce dominica; quodsi non fuit institor dominicae mercis, tributoria superest actio* [1]).

Die Ursache, welcher wir in diesen Stellen den Ausdruck *ipso iure* verdanken, ist offenbar die: dass hier die juristische Seite der Formelauslegung mehr als sonst hervortrat. Die Entbehrlichkeit der *exceptio* beruht bei der *actio iniuriarum* auf der Auslegung des weiten Rechtsbegriffs *aequum bonum, l. 11 § 1 de iniur. (47. 10), l. 34 pr. de O. et A. (44. 7),* bei der prätorischen *actio furti manifesti* wie bei der civilen *actio furti nec manifesti* auf der des zwölftafelmässigen *damnum decidere, l. 42 § 1 de furtis (47. 2),* bei der *actio tributoria* darauf, dass ein und dieselbe *merx* aus juristischen Gründen unmöglich zugleich *dominica* und *peculiaris* sein kann.

---

[1]) Den Grund der Entscheidung finde ich mit den Meisten darin, dass in der Formel der *tributoria* deren alleinige Anwendbarkeit auf *merces peculiares* ausdrücklich ausgesprochen war, während die *institoria* eine *merx dominica* voraussetzte, und dass demnach, wo diese begründet war, unmöglich jene begründet sein konnte und umgekehrt. A. M. Krüger (proc. Cons. S. 85. S. 134 *n. 10*), der die Stelle auf die processualische Consumtion deutet, s. aber dagegen: Keller, Litiscontestation S. 435 und Bekker, II. S. 349.

Gleichfalls nicht *ius civile,* aber auch nicht *ius honorarium* ist das *ipsum ius* in *l. 95 § 4 de solut. (46. 3):*

> *Naturalis obligatio, ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto vel iureiurando ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur; ideoque fideiussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur.*

Hier, wo, wie bei der *formula in ius concepta,* lediglich die Anwendung von (natürlichen) Rechtsgrundsätzen in Frage steht, begreift sich das Vorkommen des Ausdrucks noch leichter als bei den eben citirten Stellen.

B. In seiner zweiten Hauptanwendungssphäre steht *ipso iure*, um hervorzuheben, dass eine Rechtswirkung eintrete, ohne dass eine bestimmte privatrechtliche Voraussetzung (deren Vorhandensein man auf den ersten Blick für nötig halten möchte) vorhanden zu sein, ohne dass namentlich von den Parteien eine gewisse Bestimmung, Vereinbarung u. dgl. getroffen oder ein gewisser Act vorgenommen zu werden brauche.

Die Masse der hieher gehörigen Quellenzeugnisse — ungefähr ein Viertel aller Stellen, in denen *ipso iure* überhaupt vorkommt — wird gewöhnlich bedeutend unterschätzt; man hätte sonst längst einsehen müssen, wie durchaus unzulässig es ist, irgend eine angebliche positive Bedeutung des Ausdrucks willkürlich für dessen Grund- oder Hauptbedeutung auszugeben, und dass der einzige Weg zu einer überall befriedigenden Erklärung desselben die Anerkennung seiner rein negativen Function ist. Ich lasse daher hier eine grössere Reihe von Beispielen folgen:

1. Von einer Vertragswirkung wird gesagt, dass sie „*ipso iure*" eintrete, wenn sie ohne besondere Vereinbarung eintritt.

l. 17 § 2 pro soc. (17. 2). l. 9 § 1 de distr. pign. (20. 5). l. 2 de duob. reis (45. 2).

Im selben Sinne heisst es in *c. 36 pr. de inoff. test. (3. 28)* von der *repletio portionis debitae: etsi non adiiciatur, viri*

boni arbitratu repleri filio, attamen ipso iure inesse eandem repletionem.

2. Ein Recht entsteht durch Legat „*ipso iure*“, wenn es dem Legatar ohne Mitwirkung des Erben zu Teil wird.

Paul. R. S. III. 6, 17. c. 12 § 2 de h. p. (3. 31) v. libertates quae — directae ipso iure dicantur competere.

Umgekehrt besteht eine dem Erben vorbehaltene Servitut „*ipso iure*“, weil der Erbe sich nicht erst an den Legatar um Bestellung derselben zu wenden braucht.

l. 81 § 3 de leg. I. (Uebrigens kann denkbarer Weise das *ipso iure* hier auch daraus zu erklären sein, dass der Vorbehalt nicht ausdrücklich gemacht zu werden braucht.)

3. Eine *actio* geht „*ipso iure*“ über, wenn es hiezu keiner Cession bedarf.

l. 1 § 9 ad SC Treb. (36. 1). c. 2 per quas personas (4. 27). c. 7 § 1 ad SC Treb. (6. 49).

Ebenso geht Eigentum „*ipso iure*“ über, wenn ein Uebertragungsact zu diesem Behufe nicht nötig ist; wenigstens ist dies die plausibelste Deutung in *l. 32 § 1 de don. i. v. e. u. (24. 1)*, wo indess auch der Gegensatz der *tuitio praetoris* vorschweben kann (Eisele, S. 81).

4. Eine Erbschaft wird „*ipso iure*“ erworben, insofern der Erwerb ohne Antritt geschieht.

§ 5 I. de hered. (3. 1). l. 50 § 5 de bon. lib. (38. 2). l. 14 de suis et legit. (38. 16).

Dessgleichen erfolgt Accrescenz „*ipso iure*“, weil es dabei auf den Willen des Anwachsungsberechtigten nicht ankommt:

c. un. § 10 de cad. toll. (6. 51).

Dagegen in *l. 2 § 8 de b. p. s. t. (37. 11)* accrescirt die *bonorum possessio* desshalb *ipso iure*, weil der Berechtigte sie vom Prätor nicht zu erbitten braucht.

5. Eine Schenkung ist „*ipso iure*“ perfect, insofern die Notwendigkeit besonderer Annahmeerklärung wegfällt.

l. 34 pr. de donat. (39. 5). Savigny, System IV. S. 122 *n. q.*

6. Ein Rechtsgeschäft ist „*ipso iure*" nichtig, wenn es nicht erst angriffsweise durch Klage angefochten werden muss.

l. 16 pr. § 2 de iure patron. (37. 14) und wohl auch *l. 18 pr. qui test. fac. poss. (28. 1). l. 3 § 10 de don. i. v. e. u. (24. 1).*

Ebenso ist eine *cautio* „*ipso iure*" erworben, insofern man sie selbst und nicht bloss einen Anspruch auf sie hat.

7. Gewisse Personen sind vom *munus tutelae* „*ipso iure*" befreit, weil sie sich nicht erst zu excusiren brauchen.

l. 13 § 12 de excus. (27. 1). c. 52 pr. de episcop (1. 3). vgl. auch: *l. 31 pr. de excus.*

8. Ein Legat, welches von der *regula Catoniana* betroffen wird, ist „*ipso iure*" *inutile*, weil seine Nichtigkeit durch nichts, was nachträglich geschieht, mehr berührt wird.

l. 86 i. f. de condicion. (35. 1).

9. Eine Bedingung, der zuwider zu handeln gar nicht möglich ist, gilt als „*ipso iure*" erfüllt, weil nicht, wie sonst, erst ihre Erfüllung abgewartet zu werden braucht.

l. 7 § 1 de condicion. (35. 1).

10. *Nomina hereditaria* „*ipso iure*" *divisa sunt*, weil sie nicht erst, sei es durch die Erben sei es durch den *arbiter familiae erciscundae*, geteilt zu werden brauchen.

c. 6 fam. erc. (3. 36). c. 26 de pactis (2. 3).

Dagegen wird in *l. 49 § 1 de fideiussor. (46. 1)* „*ipso iure*" von demselben Falle in einer andern Richtung gebraucht, nämlich im Gegensatz zu dem durch die *iurisdictio praetoris* zu verwirklichenden *beneficium divisionis ex epistola divi Hadriani, arg. l. 26 eod., § 4 I. de fideiussor. (3. 20).*

11. Hinsichtlich der Regel „*ipso iure compensatur*", welche in gewissem Sinne ebenfalls hieher gehört, verweise ich auf die Beilage.

C. Wenn ein Kaiser durch eine Constitution das geltende Recht sei es abändert sei es bestätigt, so kann er den Rechtszustand, der ohne sein Eingreifen besteht oder bestünde, als *ipsum ius* bezeichnen. „*Ipso iure*“ heisst also hier: nach dem Rechte, wie es bisher in Geltung war.

Diese Bedeutung dürfte der Ausdruck unzweifelhaft in der *c. 8 C. Theod. de legit. hered. (5. 1)* und der daraus entnommenen *c. 11 C. Just. (6. 55)* haben, wiewohl der Sinn der Worte in letzterer Stelle durch die Weglassung des Gegensatzes (der in *c. 8 cit.* enthaltenen Neuerung) bis zur Unerkennbarkeit verdunkelt wird.

Wahrscheinlich hieherzurechnen sind *c. 7 de don. i. v. e. u. (5. 16)*, *c. 1 de repud. (5. 17)*; möglich aber ist auch, dass in beiden Rescripten der Gegensatz der *utilis actio* vorschwebte.

D. Es gibt Rechtssätze, deren Notwendigkeit Jedermann in die Augen springt, die man in jedem Augenblicke ohne Besinnen anwenden würde, Sätze, von denen wir sagen, dass sie sich nach den einfachsten Rechtsprincipien von selbst verstehen, und andererseits Rechtssätze, die nur durch juristische Arbeit gefunden sind, von dem Laien vielleicht gar nicht verstanden würden. Es hat offenbar seine gute Berechtigung, wenn man die erstern in diesem Gegensatze als *ius ipsum*, die letztern aber als erst aus der juristischen Denkarbeit hervorgehend ansieht. *Ipso iure* in diesem Zusammenhange will also besagen: „nach einem Rechtssatz, der nicht erst durch juristische Erwägungen begründet zu werden braucht.“

Auf diese Weise ist zu erklären *l. 3 de his quae in test. (28. 4)*:

> *nonnullos opinari, id iure ipso perimi quod inductum sit, cetera omnia valitura. ict. l. 1 § 3 eod.*, wo ausdrücklich gesagt wird: *consulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur.*

Ferner zähle ich hieher: *l. 28 de noxal. act. (9. 4). l. 9 § 1 de lib. et post. (28. 2). l. 54 § 1 de A. R. D. (41. 1). c. 1*

de distr. pignor. (8. 28). Auch in *l. 16 de sponsal. (23. 1)* steht *ipso iure* in dieser Bedeutung: es versteht sich von selbst, dass ein Verlöbniss zwischen Personen, deren Ehe verboten, nichtig ist. Dagegen scheint mir in *l. 64 § 1 de condic. et demonstr. (35. 1)* der Gegensatz der Rescissionsklage näher zu liegen.

E. Eine ganz eigentümliche Function hat *ipso iure* in *l. 1 § 1 de iure fisci (49. 14)*:

> *An bona quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertineant, quaesitum est. Labeo scribit etiam ea quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertinere; sed contra sententiam eius edictum perpetuum scriptum est, quod ita bona veneunt, si ex his fisco acquiri nihil possit.*

Dass in dieser Stelle nicht die Frage behandelt wird, ob dem Fiscus der insolvente Nachlass eines erblos Verstorbenen ohne Agnition der Erbschaft anfalle, sieht jeder Unbefangene ein. Diese Frage hat sich ein Labeo gewiss nicht aufgeworfen, geschweige denn sie bejaht[1]. Sondern *ipso iure* stellt hier den Rechtssatz seinem praktischen Effect gegenüber und bedeutet: „wenn man das Recht für sich allein in Betracht nimmt und davon absieht, dass der Fiscus eine insolvente Erbschaft nicht agnosciren wird"[2]. —

Im Vorstehenden haben wir fünf Classen von Gegensätzen kennen gelernt, zu deren Hervorhebung die Quellen den Ausdruck *ipso iure* verwenden. Ich beanspruche keineswegs Unfehlbarkeit für jede einzelne oben gegebene Auslegung. Allein, wenn ich auch zugebe, dass in mancher Stelle eine andere hier übersehene gegensätzliche Beziehung obwalten mag, so glaube ich doch soviel bewiesen zu haben: dass der Ausdruck *ipso iure* niemals eine positive Bedeutung hat, dass es immer nur der gerade vorschwebende

---

[1]) Dernburg, Compensation S. 317 *n. 2.* Gegenüber der im Text verworfenen Meinung mache ich besonders noch darauf aufmerksam, dass die Frage *an bona ad aliquem pertineant* eine andere ist, als die *an ipso iure heres sit.*

[2]) Aehnlich Dernburg a. a. O.

Gegensatz ist, welcher ihm seine eigentümliche Färbung gibt, dass also die Tendenz des *ipso iure* überall auf der negativen Seite, in der ausschliessenden (discretiven) Function des Wortes *ipse* zu suchen ist. Ich ziehe nun die Folgerung für die uns beschäftigenden Quellenzeugnisse.

In allen hieher gehörigen Stellen steht *ipso iure* im Gegensatz zur Erteilung einer *exceptio* und ist daher zu übersetzen: ohne dass es der Erteilung einer *exceptio* bedarf. Ueber den Grund der Entbehrlichkeit der *exceptio* aber erfahren wir durch den Ausdruck *ipso iure* gar nichts, und es besteht nicht die mindeste Veranlassung, denselben gerade in dem Wortlaut der Intentio zu suchen und also anzunehmen, der *dolus actoris* sei im *b. f. iudicium* schon wegen des *quidquid d. f. o. ex fide bona* und mithin kraft *ius civile* erheblich. Vielmehr haben wir hier selbstverständlich die Resultate unserer früheren Untersuchung heranzuziehen, und diese liefern uns die einfache Lösung: die Erteilung der *exceptio* kann unterbleiben, weil letztere, in Folge des Satzes *exceptio doli inest b. f. iudiciis* vom Judex zu subintelligiren ist; das *ipso iure* will nur die Exception als Exceptionsformel, nicht aber auch die unformulirte Exceptio als entbehrlich bezeichnen. Die Meinung Birkmeyers dagegen, *ipso iure* bedeute in diesen Stellen „schon nach *ius civile*" ist sprachlich und sachlich gleich unhaltbar. —

Wir haben nachgewiesen, dass weder der Satz *exceptio doli inest b. f. iudiciis* noch die *ipso-iure*-Wirkung der *exceptio doli* im *b. f. iudicium* die Behauptung rechtfertigt, es gebe in diesen Judicien civilrechtliche Exceptionen. Die Stellung der Exceptionen im *b. f. iudicium* bildet also kein Gegenargument, womit der Schluss, der sich aus den Ausführungen im ersten Abschnitt dieses Kapitels zwingend ergibt, abgewiesen werden könnte, und wir dürfen uns aus voller Ueberzeugung der Reihe derjenigen Schriftsteller anschliessen, welche der Meinung sind, dass alle Exceptionen dem prätorischen Rechte angehören.

Drittes Capitel.

Die Wirkung der Exceptionen.

§ 11.

Einleitende Bemerkung.

Daraus, dass die Exceptionen einer andern Rechtsquelle entstammen als die civilrechtlichen Verteidigungsgründe, folgt offenbar nicht, dass diese historische Verschiedenheit nun auch die einzige zwischen beiden bestehende Verschiedenheit sein müsse. An sich wäre vielmehr möglich, dass der Ursprung der Exceptionen im prätorischen Rechte und die Besonderheit ihrer processrechtlichen Behandlung ihre materiellrechtliche Wirksamkeit in erheblichem Grade beeinflusst und ihnen so eine Sonderstellung im materiellen Rechte geschaffen hätte. Ja, man könnte sogar auf den Gedanken kommen, dass irgend eine gemeinsame Charaktereigentümlichkeit der Exceptionsgründe die Ursache gewesen sei, um deren willen das Civilrecht ihre Wirksamkeit nicht anerkannte. Wollen wir also einen vollständigen Begriff von dem Wesen der Exceptionen erhalten, so dürfen wir uns der Mühe nicht entschlagen, die *exceptio* auch nach Seiten ihrer materiellrechtlichen Wirkung in Untersuchung zu nehmen.

Wir werden hiebei folgenden Weg einschlagen. Zunächst muss auf Grund der Resultate unseres ersten Capitels geprüft werden, ob die Wirkung der Exceptionen sich principiell von der der civilen Verteidigungsgründe unterschei-

det; es wird sich dabei zeigen, dass die Meinung, welche einen solchen Unterschied statuirt, weder logisch haltbar noch in den Quellen begründet ist. (§§ 12—14). Alsdann werden wir die einzelnen materiellen Eigentümlichkeiten, welche der Exceptionswirkung gemeinhin zugeschrieben zu werden pflegen, ins Auge fassen; hier werden wir finden, dass die Exceptionsnatur eines Verteidigungsgrundes zwar von sehr unerheblicher, aber doch nicht ohne alle materiellrechtliche Bedeutsamkeit ist. (§ 15—17).

I. Die Exceptionswirkung im Allgemeinen.

§ 12.

A. Der Begriff des gehemmten oder unwirksamen Rechts.

Nach einer sehr verbreiteten Meinung[1]) sollen allein diejenigen Tilgungsgründe, welche wir als die civilen von den Exceptionen unterscheiden, welche aber gewöhnlich fälschlich als *ipso-iure*-Tilgungsgründe den letztern entgegengesetzt werden, im Stande sein, Recht, Anspruch, *actio* wirklich zu zerstören; die Exceptionen hingegen sollen die Existenz von Recht, Anspruch, *actio* „an sich" nicht aufheben, sondern „das Recht des Klägers in seiner Klagewirkung (die Durchführung der Klage) nur hemmen", „den klägerischen Anspruch, das Klagrecht nur unwirksam machen" oder wie das Dogma sonst ausgedrückt werden mag.

---

[1]) Göschen, Vorlesungen § 161. Kierulff, Civilrecht S. 176 fgg. Savigny, System V. S. 152. 157. Puchta, § 93. Arndts, § 101. Sintenis, § 32. Vangerow, § 126 Anm. Windscheid, § 47. Baron, § 92. Bethmann-Hollweg, II. S. 388 fgg. Wetzell, (3. Aufl.) S. 163. Wächter, Württ. Privatrt. II. S. 508 fg. Unger, österr. Privatrt. II. S. 475. Büchel, civilrtl. Erörterungen II. S. 23 fgg. Reinhold, Zschr. f. Civ.-Rt. u. Pr. N. F. XIII. S. 193. Maxen, über Beweislast, Einreden und Exceptionen (Gött. 1861) S. 20 fg. S. 35 u. A. m.

Unter den Anhängern dieser Meinung besteht Streit über die Ursache der angegebenen Minderwirkung der Exceptio. Die Einen sehen dieselbe mit Savigny darin, dass die Exceptio eine Verteidigung auf Grund eines dem Beklagten zustehenden selbständigen Rechtes (ohne Verneinung des vom Kläger behaupteten Rechtes) sei; die Andern läugnen, dass jeder Exceptio solch ein selbständiges Recht zu Grunde liege. Da indess die Quellenwidrigkeit der Savigny'schen Theorie mehr und mehr allgemein anerkannt wird[1]) und ich dem, was Andere gegen dieselbe beigebracht haben, nichts Wesentliches hinzuzufügen wüsste, so gehe ich auf diese Differenz nicht weiter ein.

Die erste und Hauptfrage, die sich bei Prüfung der obigen Lehre aufwirft, ist die: ob sich der Begriff eines gehemmten oder unwirksamen Rechts, Anspruch u. s. w. im Gegensatz zu dem des Nicht-Rechts, Nicht-Anspruchs u. s. w. ogisch rechtfertigen lässt. Man sollte denken, jeder Verteidiger dieser Lehre müsse sich diese Frage vorgelegt haben; allein ganz im Gegenteil: dieselbe wird fast überall gänzlich übergangen. Der Grund dieser auffälligen Erscheinung ist in der herrschenden falschen Auffassung des Rechtsbegriffs zu suchen. Man denkt und schreibt bewusst oder unbewusst in der Ueberzeugung, dass das Recht eine Macht sei, welche, vom Staate in die Welt gesetzt, nun in derselben ihr Wesen treibt. Dann erscheint die Exceptio als ein gleichfalls vom Staate geschaffenes Hinderniss, welches der Wirksamkeit jener Macht im Wege steht; und, wie der Mensch, dessen Hände

---

[1]) Weder ist jede Exceptio eine Verteidigung auf Grund selbständigen Rechts noch umgekehrt. Z. B. liegt den *exceptiones SC Vellaeani, Macedoniani, rei iudicatae, iurisiurandi, doli generalis* durchaus kein selbständiges Recht zu Grunde; und andererseits wird die Einrede des Niessbrauchs der Eigentumsklage gegenüber nicht, wie selbst Windscheid § 47 *n. 2* glaubt, zur Exceptio, sondern bewirkt, dass der Eigentümer negatorisch klagen muss, vgl. Ihering, III. S. 83 fgg. Der Erste, der Savigny's Ansicht in dieser Richtung entgegentrat, war Bekker, processuale Consumtion S. 93 fgg. Ueber den heutigen Stand der Literatur s. Windscheid a. a. O., wo den Gegnern Savigny's noch beizufügen ist: Birkmeyer, S. 33 fgg.

gebunden sind, dadurch an Kraft nichts einbüsst, so — stellt man sich vor — bleibe auch das Recht als Macht bestehen, wiewohl es durch die Exceptio an der Entfaltung seiner Kraft gehindert werde. Auf solche Weise gewinnt der Begriff des gehemmten Rechts so sehr das Ansehen der Natürlichkeit und Selbstverständlichkeit, dass man meint, dessen Möglichkeit brauche gar nicht erst bewiesen zu werden.

Einzig Bethmann-Hollweg (II. S. 388 fgg.)[1]) unterzieht sich der Mühe, das Wesen der Exceptionswirkung in dem gedachten Sinne ausführlich logisch zu begründen. Er sucht zu beweisen, dass es vom logischen Standpunkt aus das „Natürlichere“ sei, das Recht, welchem eine Exceptio entgegensteht, „an sich, d. h. nach seinem Begriff und der daraus abzuleitenden Regel“ für existent zu erklären, und argumentirt zu diesem Behufe folgender Massen:

> „Logisch betrachtet ist die Existenz eines Rechts nur von den seinen Begriff constituirenden Tatsachen abhängig, und zwar von diesen ohne Unterschied, es mag nun dem einen oder dem andern der streitenden Teile desshalb der Beweis obliegen. Wir werden z. B. behaup-

---

[1]) Andeutungen schon im Rhein. Mus. I. S. 264 fg. Als seine Vorgänger führt B.-H. (II. S. 389 *n. 28*) an: Puchta, Institutionen II. S. 167 (7. Aufl. S. 145), und Schmidt, Interdictenverfahren S. 105 fgg. Ersterer schliesst in der Tat ganz ähnlich wie B.-H. aus der ohne Beweis vorausgesetzten Existenz des exceptionsmässigen Rechtsgeschäfts auf die wirkliche Existenz des exceptionsmässigen Rechts. Dagegen kann ich bei Schmidt keine Verwandtschaft mit den Ausführungen B.-H's. entdecken. Wenn Schmidt sagt, die Exceptionen seien Beschränkungen des Grundgedankens des Interdicts, gedankenmässige Ausnahmen von dem Befehl, so ist das doch gewiss etwas Anderes, als wenn er mit B.-H. sagen würde: trotz begründeter Ausnahme müsse doch das Recht aus dem Interdict „seinem Begriffe und der daraus abzuleitenden Regel nach“ für existent erklärt werden. Schmidt deducirt denn auch a. a. O. S. 111 fgg. ganz im Gegensatz zu B.-H., dass die *exceptio* lediglich die Voraussetzungen des Befehls vermehre und sich von dessen andern Voraussetzungen ihrer Wirksamkeit nach gar nicht unterscheide; durchaus folgerichtig: denn eben weil die *exceptio* den Grundgedanken des Interdicts beschränkt, kann dieser Grundgedanke jenseits der ihm gesetzten Schranke nicht weiter Platz greifen.

ten müssen, dass das streitige Schuldverhältniss nicht existire, nicht nur, wenn der Schuldner das behauptete Versprechen nie geleistet, sondern auch, wenn er damals noch unmündig, also eines verpflichtenden Willens unfähig war, oder, wenn er die Schuld bezahlt hat, obgleich in dem ersten Fall den Kläger, in den beiden letzten den Beklagten die Beweislast trifft. Denn Willensfähigkeit des Promittenten gehört ebensowohl zum Begriffe der Contractsschuld als dass sie durch Erfüllung untergeht."

Bis hieher darf man B.-H. unbedenklich beistimmen. Dass die Existenz eines jeden Dings und also auch eines Rechts identisch ist mit der seiner sämmtlichen Begriffsmerkmale [1]), ist unbestreitbar. Und auch dagegen wird sich nichts einwenden lassen, dass B.-H. es zu den Begriffsmerkmalen gewisser Rechte zählt, dass sie bei Vorhandensein gewisser Umstände entweder nicht entstehen können oder untergehen müssen; denn Alles, was man von einem Dinge unter allen Verhältnissen aussagen kann, gehört in seinen vollständigen Begriff. Allein für das Wesen der Exceptionswirkung folgt hieraus nicht das Mindeste. Hiezu wäre weiter erfordert, die sämmtlichen Begriffsmerkmale sei es des Rechts überhaupt, sei es eines speciellen Rechts festzustellen und alsdann zu untersuchen, ob nach Eintritt einer Exceptionstatsache diese sämmtlichen Begriffsmerkmale noch vorhanden sind. Statt dessen nun erklärt B.-H. auf dem Wege einer *petitio princi-*

---

[1]) Die Begriffsmerkmale und nicht, wie Eisele S. 128 annimmt, die Existenzbedingungen der Rechte dürfte B.-H. unter den deren Begriff „constituirenden" Tatsachen verstanden haben. Danach würde z. B. der Begriff der Contractsschuld nicht durch das Nichteingetretensein der Zahlung, wohl aber durch die Fähigkeit *per solutionem* unterzugehen, (mit)constituirt. Ich gebe zu, dass B.-H.'s Ausdrucksweise die Deutung Eisele's sehr nahe legt. Allein ich kann nicht glauben, dass B.-H. den Gedanken, dass die Existenz eines Rechts nur durch die Existenz derjenigen Tatsachen, von deren Existenz die Existenz seines Begriffs, d. h. seiner selbst, abhängig ist, bedingt sei, des Aussprechens wert befunden haben sollte. Hätte Eisele Recht, so wäre die im Text gerügte *petitio principii* noch handgreiflicher.

pii[1]): dass ein Recht durch *exceptio* untergehe, gehöre nicht zu seinem Begriff, und darum hindere der Eintritt der Exceptionstatsache die Fortexistenz desselben seinem Begriffe nach nicht. Er fährt nämlich fort:

„Soll dagegen um irgend einer nicht zu jenen constitutiven Merkmalen gehörigen Tatsache willen das Schuldverhältniss ungültig sein, so ist zwar auch in diesem Falle seine Nullität denkbar; aber das Natürlichere ist, dass es an sich, d. h. nach seinem Begriffe und der daraus abzuleitenden Regel für existent erklärt, vermöge jener andern von aussen hinzutretenden Tatsache ausnahmsweise und mit Rücksicht auf sie, also relativ als unwirksam betrachtet — wird. Mit dieser Auffassung stimmt denn auch das römische Recht u. s. w.“

Die *petitio principii* zugegeben, ist diese Beweisführung allerdings bündig: geht das Recht „seinem Begriffe nach“ durch *exceptio* nicht unter, so muss es ja wohl trotz *exceptio* „seinem Begriffe nach“ fortbestehen, und ist von dieser Existenz in Wirklichkeit nichts zu bemerken, so muss die Ursache notwendig darin liegen, dass das „an sich“ existirende Recht „unwirksam“ ist.

Ich dächte doch: was auch mit einem Dinge vorgeht, geht mit ihm „seinem Begriffe nach“ vor; denn der Begriff eines Dings ist von dem Dinge selbst nicht verschieden, sonst wäre er eben nicht dessen Begriff. Die Einwirkung der *exceptio* auf das Recht mag also sein, welche sie wolle, immer wird dasselbe durch sie seinem Begriff nach afficirt, und die Frage, auf die es ankommt, ist allein die, wie es durch sie afficirt wird.

So viel aber können wir, schon ehe wir auf diese Frage eingehen, mit aller Bestimmtheit aussprechen: die Idee eines existirenden und doch rechtlich unwirksamen Rechts enthält eine *contradictio in adiecto* und ist daher durchaus und überall zu ver-

---

[1]) **Eisele**, S. 129. **Krüger**, Zschr. f. Rgesch. VII. S. 223.

werfen[1]). Wir haben im Eingang dieser Schrift den richtigen Begriff des subjectiven Rechts dargelegt. Wir haben gesehen, dass dasselbe keine vom Staatswillen geschaffene Macht, sondern selber Staatswille ist. „Ich habe Anspruch" heisst: der Staat will, dass der Verpflichtete mir auf mein Verlangen leiste; „ich habe *actio*": der Staat will, dass er mir auf mein Verlangen condemnirt werde; „ich habe ein dingliches Recht": der Staat will, dass eine unbeschränkt grosse Anzahl von Personen mich in meiner Verfügung über eine Sache nicht störe u. s. w. Dieser Staatswille nun kann ohne Zweifel mitunter um gewisser Tatsachen willen unwirksam sein; aber, da es in einem Staate der Sache nach[2]) nur ein staatliches Recht geben kann, so können diese Hindernisse des Staatswillens nur factischer, niemals rechtlicher Natur sein, d. h. sie können niemals, wie die *exceptio*, selber nur im Staatswillen existiren. Denn, wie der einzelne Mensch, so kann auch der Staat nicht zugleich einen Willen haben und wollen, dass dieser Wille unwirksam sei[3]). Dies ist so sicher wahr, dass wir, auch wenn der Gesetzgeber selbst uns mit Hinsicht auf das exceptionsmässige Recht das Gegentheil versicherte, eine solche Versicherung nicht als baare Münze annehmen dürften, sondern lediglich als praktisch bedeutungs-

[1]) Selbst Brinz (2. Aufl. S. 372) nennt die dilatorischen Exceptionen „hemmend", ohne dem Missverständniss dieses Ausdrucks gehörig entgegenzutreten (s. aber denselben in der krit. Viertjschr. XIV. S. 223), und Zimmermann, S. 29 fgg., glaubt das dingliche Recht werde durch die Exceptionen nur „lahm gelegt". Diese bildliche Ausdrucksweise kann meines Erachtens niemals nützen und verschleiert nur die wahre Gestalt der Sache.

[2]) Der Sache nach: dass formell in einem Staat zwei objective Rechte bestehen können, zeigt uns die römische Rechtsgeschichte. Allein Niemand wird bezweifeln, dass in Bezug auf ein einzelnes Rechtsverhältniss immer nur dasjenige Recht materiell geltendes Recht des römischen Volkes war, welches in dem Streit zwischen Prätor und *ius civile* den Sieg davon getragen hatte.

[3]) Hummel (in seiner § 4 citirten Schrift S. 75) sagt in seiner derben Weise: „Sie (die Verbindlichkeit) soll nicht aufgehoben sein und doch auch nicht wirken? Was für Crassitäten!!"

losen Irrtum über Fundamentalbegriffe des Rechts zu registriren hätten. Der Wahrheit nach aber ist in unsern Quellen von einer derartigen Aeusserung nirgends etwas zu entdecken. Der Urgrund der Sage von dem an sich existenten, aber unwirksamen Rechte liegt vielmehr einzig in dem Missverständniss jenes verhängnissvollen „*ipse iure*“, dessen wahren Sinn wir oben (§ 10) aufgedeckt haben. Das Recht, von dem die Römer sagen, dass es bestehe, sofern der Prätor sich nicht ins Mittel lege, nahm man für ein „an sich“ existirendes Recht, dem man dann freilich das Prädicat der Unwirksamkeit beilegen musste; und die Formel mit ihrem trotz *exceptio* fortdauernden *oportere* schien diesem selbstgeschaffenen Begriff die äussere Legitimation zu geben. Den wahren Gehalt der Quellen werde ich im folgenden Paragraphen aufzeigen.

§ 13.

B. Das exceptionsmässige Recht **kein** Recht.

Wenn wir von einer Wirkung der Exceptio auf das Recht reden, so versteht sich, dass hiebei das Wort nicht in seiner processualen Bedeutung als Exceptionsclausel, sondern in seiner privatrechtlichen Bedeutung genommen wird. Diese letztere hat sich auf gleichem Wege gebildet, wie der Begriff der privatrechtlichen Actio (s. S. 25). Der Römer, gegen den eine Actio geltend gemacht war, prüfte die im Edict proponirten Exceptionsformeln hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit auf sein Rechtsverhältniss, d. h. er nahm an, gewisse Tatsachen, welche ihm behufs Verteidigung gegen die Actio zu Gebote standen, seien vor dem Judex erwiesen, und fragte sich nun, ob derselbe ihn in diesem Falle auf Grund dieser oder jener Exceptionsformel werde absolviren oder in eine geminderte Summe condemniren müssen. War diese Frage zu bejahen, so durfte er sagen: „ich habe eine (auf meinen Fall passende) Exceptio (*exceptionem habeo*, *exceptio mihi nata est* u. dgl.), d. h.: es liegt eine Tatsache vor, welche mir nach dem Willen des Prätors, der die betreffende Exceptio geschaffen hat, — Erfüllung

aller processualen Erfordernisse vorausgesetzt — auf Grund dieser (eingerückten oder subintelligirten) Exceptio zur Absolution oder zur Minderung der Condemnation verhelfen wird."

Mit diesem Begriff der privatrechtlichen Exceptio ist uns bereits auch ihre Wirkung auf Actio und Anspruch gegeben. Wenn, wie wir in § 3 gezeigt haben, die Actio das private Recht auf Condemnation ist, welches zugleich auch die daneben stehenden Ansprüche repräsentirt, wenn es ferner sicher ist, dass die begründete Exceptio die Condemnation von Rechts wegen verhindert oder mindert, so ist der Schluss unvermeidlich: soweit die Exceptio begründet ist, können Actio und Anspruch nicht entstehen und nicht fortbestehen. Denn der in einer bestimmten Rechtsordnung ausgesprochene Wille des Staats kann nicht gleichzeitig darauf gerichtet sein, dass Jemand condemnirt werde, und darauf, dass er nicht condemnirt werde.

An diesem Resultate dürfen uns Stellen nicht irre machen, in denen trotz begründeter Exceptio Jemandem eine Actio zugeschrieben zu werden scheint, z. B.

Gaius II. 255

— heres etiam pro ea parte, quam restituit, heres permanet eique et in eum solidae actiones competunt; sed non ulterius oneratur nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum commodum hereditatis remanet. cf. l. 1 § 17 ad SC Treb. (36. 1).

l. 7 § 14 quib. ex caus. (42. 4)

— idem erit dicendum, si quis habeat quidem actionem sed talem, quae per exceptionem repellitur.

l. 34 § 1, l. 41 § 1 de O. et A., c. 5 de inutil. stip. (8. 39).

Es liegt auf der Hand, dass diese und ähnliche Aeusserungen nur hypothetisch, nämlich unter der Voraussetzung zu verstehen sind, dass man zur Bestimmung des Daseins der Actio nur die Actionsformel selber *(ipsum ius)* in Betracht nimmt; wie ja auch heutzutage häufig davon gesprochen wird, dass Jemand zwar nach dem oder jenem Artikel des Gesetzbuchs verhaftet sei, aber durch einen andern Artikel desselben gedeckt werde.

Neben diesen nur scheinbar widersprechenden Stellen stehen nun aber eine ganze Reihe von Quellenäusserungen, in denen unsere Meinung ausdrücklich bestätigt wird. „*Tollitur (actio) per exceptionem*", heisst es z. B. in *l. 17 § 2 de pactis (2. 14)*, „*quasi nulla actio sit quae per exceptionem repellitur*" in *l. 7 § 8 de d. m. (4. 3)*, „*altera actio alteram perimit — per exceptionem*" in *l. 34 § 1 de O. et A.*[1]), „*amissa est actio propter exceptionem*" in *l. 59 pr. ad SC Treb. (36. 1)*. Und ferner:

l. 66 de R. J.

Desinit debitor esse is qui nactus est exceptionem iustam nec ab aequitate naturali abhorrentem. cf. l. 34 § 1 de O. et A.

l. 108 de V. S.

Debitor intelligatur is, a quo invito exigi pecunia potest.

l. 15 de adim. leg. (34. 4)

— non debetur — opposita exceptione doli mali cf. l. 3 § 1 de pec. constit. (13. 5)

l. 20 § 3 de lib. causa (40. 12)

Obligatum accipere debemus, si exceptione se tueri non potest. ceterum si potest, dicendum non esse obligatum[2]).

---

[1]) Hiezu treten die zahlreichen Stellen, in welchen ein *perimi, consumi, tolli, finiri actionem* als Wirkung einer zwar nicht wie hier ausdrücklich genannten, aber doch unzweifelhaft als Ursache fungirenden Exceptio erscheint (vgl. die Lexika *s. h. v.*).

[2]) Ich habe absichtlich im ersten Capitel den Begriff der römischen Obligatio nicht berührt, um nicht in die darüber bestehende Controverse hineingezogen zu werden. Meines Erachtens ist „*obligatio*" nicht identisch mit unserm „Anspruch", ebensowenig aber mit „*actione teneri*" (Bekker); sie ist vielmehr das einer Actio *(in personam)* entsprechende Anspruchsverhältniss. Wie die Actio als Recht das mit einer und derselben Actionsformel durchzuführende Condemnationsrecht in seiner Totalität ist, so umfasst die Obligatio alle damit zu verfolgenden Ansprüche noch so verschiedener Art. Daher gibt es nur eine *obligatio emti*, während in unsern Lehrbüchern von Verbindlichkeiten oder Verpflichtungen des Verkäufers die Rede ist; daher bleibt die *obligatio rem certam dari*

Was in diesen Stellen mit Beziehung auf die *exceptio quae eximit reum damnatione* gesagt ist, muss *mutatis mutandis* auch gelten von der *exceptio quae minuit damnationem*, d. h. von der *exceptio quod facere potest* — *l. 63 § 2 pro socio (17. 2). l. 17 § 1 sol. matr. (24. 3). l. 41 pr. de re iudic. (42. 1). l. 7 pr. de except. (44. 1). l. 33 de novation. (46. 2)* — und jeder andern Exceptio, welche eine Partialcondemnation herbeiführt (Beispiele solcher bei Keller, *n. 404*, Vangerow III. S. 356). Denn die mindernde Exceptio tilgt das Recht auf Condemnation freilich nicht hinsichtlich der ganzen Condemnationssumme, aber sie tilgt es vollständig hinsichtlich desjenigen Betrags, auf den sich ihr Einfluss erstreckt: *pro parte submovet actorem. l. 17 i. f. ad SC Vell. (16. 1).*

Vernichtende Wirkung hat aber weiter nicht nur die peremtorische, sondern ebenso auch die dilatorische Exceptio. Zwar könnte man zu einem Schlusse auf das Gegenteil durch den Namen dieser letztern und durch gewisse Quellenäusserungen verleitet werden, wie:

l. 55 de V. S.

> *Creditor autem is est qui exceptione perpetua summoveri non potest. l. 10 eod.*

Allein ist es denn darum, weil ich in der Lage bin, die Exceptio durch Abwarten oder sonstwie dereinst zu beseitigen, weniger wahr, dass sie zur Zeit begründet ist, dass ich also zur Zeit keinen Anspruch, kein Recht auf Condemnation habe? Man halte uns nicht den Rechtssatz ent-

---

oportere bestehen *(perpetuatur)*, wenn auch der Anspruch auf Leistung der Sache untergegangen und an seine Stelle ein Schadenersatzanspruch getreten ist u. s. w. Man muss aber unter dem hier angegebenen Hauptgesichtspunkt eine formelle und eine materielle Bedeutung des Worts *obligatio* unterscheiden. Bald nämlich bezeichnet dasselbe das rein formelle *oportere* der Intentio, in welchem Sinne die Obligatio selbstverständlich durch Exceptio nicht beseitigt werden kann, — so bei *Gai. III. 181;* bald sind damit die wirklich praktisch bestehenden Ansprüche gemeint, — so in unserer *l. 20 § 3 cit.* (Missverstanden wird diese Stelle von Knappe, Versuch einer Entwicklung u. s. w. S. 25.)

gegen, dass demjenigen, welcher das *sub exceptione dilatoria* Geschuldete gezahlt hat, keine *condictio indebiti* verstattet wird. *l. 26 § 3. l. 40 pr. de cond. indeb. (12. 6).* Dieser Rechtssatz hat seinen guten Grund: ich brauche die praktischen Missstände nicht aufzuzählen, welche es haben würde, wenn man dem Käufer, der trotz seiner *exceptio non adimpleti contractus* vorgeleistet hat, dem Promittenten, der trotz erfolgter Stundung gezahlt hat u. s. w. die Condictio einräumen wollte. Wer aber aus dem Ausschlusse der *condictio indebiti* das vorherige Vorhandensein eines *debitum* folgert, der macht sich einer gründlichen Verkennung des wirklichen Verhältnisses schuldig [1]). Denn der Ausschluss der Condictio beruht, wie gesagt, auf praktischen Erwägungen und nicht etwa darauf, dass man sich auf dem Wege formal-juristischen Grübelns davon überzeugt hätte, es sei hier doch eigentlich ein *debitum* bezahlt. Umgekehrt: der Sprachgebrauch, welcher das *debitum sub exceptione dilatoria* als *debitum* schlechtweg bezeichnet, wurzelt darin, dass dasselbe mit Hinsicht auf die *condictio indebiti* und in einigen andern Beziehungen (Constitut, Liberationslegat) gleich einer Schuld behandelt wird. Darüber, wie es mit diesem angeblichen *debitum* in Wahrheit bestellt ist, haben sich die Römer hier so wenig getäuscht wie bei der betagten Schuld [2]). Dies beweist aufs Deutlichste der Fortgang der *l. 55 de V. S.* selber:

> *qui autem temporalem exceptionem timet, similis est conditionali creditori;*

vgl. *l. 54 eod.:*

> *Conditionales creditores dicuntur et hi, quibus*

---

[1]) So Maxen, über Beweislast, Einreden und Exceptionen S. 44 fg.

[2]) Auch diese ist nach *l. 213 pr. de V. S.* und *l. 46 pr. de V. O.* ein *praesens debitum*, eine *praesens obligatio.* Man vergleiche dagegen *l. 26 pr. de usu et usuf. (33. 2): quasi circa debitum iam legatum, l. 1 § 1 de condicion. (35. 1): quia certum est ea debitum iri, l. 49 eod.: novissimo eius temporis die legatum debebitur,* und besonders *l. 10 de cond. indeb. (12. 6): in diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit (adeo* heisst hier nicht „so sehr", sondern „insoweit").

nondum competit actio, est autem competitura, vel qui spem habent ut competat.

Wir sehen überall: so wenig die exceptionsmässigen Actionen und Ansprüche Actionen und Ansprüche wirklich sind, so wenig gelten sie den römischen Juristen als solche.

Daran knüpft sich aber sofort die fernere Bemerkung, dass die Exceptionen — entgegen der bisher allgemein herrschenden Ansicht — auch die dinglichen Rechte zu zerstören vermögen. Nicht in dem Sinne freilich, als ob jede Exceptio das dingliche Recht in seiner Totalität tilgte; wohl aber in dem Sinne, dass die zerstörende Wirkung der Exceptio das dingliche Recht in seiner Substanz angreift. Denn wir haben in § 1 nachgewiesen, dass die dinglichen Ansprüche und Actionen nicht blosse Ausflüsse des dinglichen Rechtes sind, sondern dass das dingliche Recht aus ihnen und nur aus ihnen besteht. Jede *actio in rem* also, welche durch *exceptio* beseitigt wird, geht an dem Inhalt des dinglichen Rechtes ab, und ein dingliches Recht, welches keine Actio mehr besässe, weil Jedermann eine Exceptio opponiren könnte, hätte aufgehört zu existiren. Auch dies wird von den Römern, wiewohl dieselben gewöhnlich in der bekannten sinnlichen Auffassung der dinglichen Rechte befangen sind, ausdrücklich anerkannt in der früher (S. 90 *n. 2*) besprochenen *l. 27 pr. de noxal. act. (9. 4)*:

> *Quo casu dici potest, ipso iure pignus liberari; nullum enim pignus est, cuius persecutio negatur. Ususfructus autem, etiamsi persecutio eius denegetur, ipso iure* (also nur *ipso iure*) *durat eousque, donec non utendo constituto tempore pereat.*

Ja, es gibt sogar eine Exceptio, welche sowohl ein dingliches Recht im engern Sinne, als auch ein Potestätsrecht in der Tat Jedem gegenüber und also vollständig zu vernichten vermag [1]: nämlich die *exceptio rei iudicatae* in

---

[1]) Durch die absolute Ausdrucksweise des Gaius in *l. 27 pr. cit.* dürfen wir uns nicht etwa verführen lassen, in dieser Stelle einen solchen Fall zu suchen: die dort im Hintergrunde stehende Exceptio wurde sicherlich nur dem Noxalkläger und seinen Rechtsnachfolgern erteilt.

denjenigen Fällen, in welchen *res iudicata ius facit inter omnes;* das Urteil, welches den Sklaven für frei, das Hauskind für *sui iuris* erklärt, macht, wenn es dem Berechtigten gegenüber ergangen, dessen Eigentum, dessen väterlicher Gewalt ein Ende. *l. 25 de statu hom. (1. 5). l. 24 de d. m. (4. 3). l. 1 § 16. l. 2. 3 de agn. lib. (25. 3). l. 1 § 4 de lib. exhib. (43. 30)* und sonst. —

So radical, so durchgreifend sind die Resultate, zu denen wir ausgehend von den Begriffen der Actio und Exceptio gelangt sind, und wir dürfen daher schon jetzt sagen: die Wirkung der Exceptio auf das Recht mag sich in noch so vielen einzelnen Punkten von derjenigen der civilen Tilgungsgründe praktisch unterscheiden, niemals können diese praktischen Eigentümlichkeiten derart sein, dass sie den Satz „das exceptionsmässige Recht ist **kein** Recht“ zu alteriren vermögen. Ehe wir aber dazu übergehen, die tatsächliche Geringfügigkeit dieser Eigentümlichkeiten nachzuweisen, ist noch eine Erscheinung kurz zu besprechen, die auf den ersten Blick, allerdings nur auf den ersten, mit den Ergebnissen unserer bisherigen Untersuchung in schroffem Widerspruche zu stehen scheint: das Vorkommen von Ansprüchen auf Liberation von exceptionsmässigen Verbindlichkeiten.

§ 14.

Insbesondere von den Liberations-Ansprüchen.

Es gibt eine Anzahl von Fällen, in welchen ein Schuldner, der von seiner Verbindlichkeit durch Exceptio befreit ist, gleichwohl gegen seinen Gläubiger einen Anspruch auf „*liberatio*“ hat. Unter *liberatio* wird hier verstanden die Tilgung der Schuld regelmässig durch Acceptilation, — wenn nötig, nach vorausgegangener Novationsstipulation —, ausnahmsweise durch *pactum de non petendo*, sofern die Acceptilation auch noch andere Personen befreien würde, welche selber keinen Liberationsanspruch haben und zu dem Schuldner auch nicht in einem solchen Verhältniss stehen,

dass die Eintreibung der Schuld von ihnen mittelbar auch diesen treffen würde [1]).

Die Actio geht, wie sonst, so auch bei den Liberations-Ansprüchen unmittelbar nur auf das Geldinteresse oder ein Mehrfaches desselben [2]).

Es fragt sich nun: wenn die Exceptio die Verbindlichkeit bereits gänzlich zerstört hat, wozu dienen dann diese Ansprüche, und wo liegt das Interesse, welches der Schuldner im Processe liquidiren könnte?

Die Antwort lautet: die Liberation macht die durch Exceptio getilgte Verbindlichkeit um nichts nichtiger als sie vorher schon war, und dies ist ausdrücklich anerkannt in *l. 14 pr. qu. met. c. (4. 2)*:

> *Item si, cum exceptione adversus te perpetua tutus essem, coëgero te acceptum mihi facere, cessare hoc Edictum, quia nihil tibi abest. ict. l. 8 § 9 ad SC Vell. (16. 1): — inanem enim obligationem dimisit.*

Jene Ansprüche wollen daher mit Bezug auf diese Verbindlichkeit keine Aenderung, sondern lediglich die Feststellung des materiellen Rechtsverhältnisses bewirken, und die Liberation ist bloss die Form, in welcher diese Feststellung sich vollzieht [3]). Das Interesse aber, welches der exceptionsweise befreite Schuldner an der letztern hat, ist: dass er den Zeitpunkt des Processes nach Belieben wählen und so der Gefahr des Verlusts seiner Beweismittel, der Beeinträchtigung seines Credits und dgl. vorbeugen kann.

Dem ältern römischen Rechte waren solche Feststellungsansprüche unbekannt, und dies ist denn auch der Grund, warum die Römer keine Form ausgebildet haben, in welcher ein *iure civili* befreiter Schuldner die Feststellung des Rechts-

---

[1]) *l. 3 § 3. l. 5 pr. de lib. leg. (34. 3).*

[2]) Dass *l. 14 § 9 i. f. qu. met. c. (4. 2)*, wo von einem directen Zwang zur Acceptilation die Rede ist, ein ungeschicktes Einschiebsel der Compilatoren enthält, ist bereits von Faber (*Err. dec. 82. err. 10*) nachgewiesen worden.

[3]) Uebereinstimmend: Bähr, Anerkennung S. 101, Salpius, Novation S. 288.

verhältnisses durchsetzen könnte [1]. Die Ursache, welche derartige Ansprüche späterhin in das Rechtsleben einführte, ist nicht überall die gleiche gewesen; nirgends aber liegt sie darin, dass man etwa bei bloss exceptionsweiser Befreiung die formelle Feststellung für besonders wünschenswert oder notwendig gehalten hätte. Dies geht schon aus der verhältnissmässigen Vereinzelung der hieher gehörigen Fälle, ebenso aber aus der Betrachtung der Natur dieser Fälle selbst hervor.

In einigen derselben ist der Liberationsanspruch älter als die entsprechende Exceptio und war daher ursprünglich ein Anspruch von materieller Bedeutsamkeit. Als dann die Exceptio eingeführt wurde, verwandelte er sich von selbst in einen blossen Feststellungsanspruch und blieb um der erwähnten praktischen Vorteile willen in der alten Form, aber mit verändertem Zwecke bestehen. Hieher ist unzweifelhaft zu rechnen: die *actio ex testamento*, durch welche der Schuldner, dem sein Gläubiger vermächtnissweise die Schuld erlassen hat *(legatum liberationis)*, von dem Erben die Liberation erlangt [2]; ferner die *actio rei uxoriae*, wo mit derselben die Acceptilation einer promittirten, aber bei Beendigung der Ehe noch nicht ausbezahlten *dos* erzwungen wird [3]; endlich sehr wahrscheinlich auch die *condictio* auf Acceptilation eines *sine causa* (im weitern Sinne) geleisteten Versprechens [4]. Zwar wird diese letztere von vielen und be-

---

[1] Das moderne Recht hat bekanntlich eine solche Form in der *provocatio ex lege Diffamari.*

[2] *§ 13 J. de legat. (2. 20). l. 24 § 5 loc. (19. 2). l. 39 § 2 de leg. I. l. 30 § 1 de usu et usuf. (33. 2). l. 3 § 3. l. 5 pr. l. 18 de lib. leg. (34. 3). l. 8 § 1 de doli exc. (44. 4).* Dass die *actio fideicommissaria*, wie überall, so auch hier der Spur der *actio ex testamento* folgt, versteht sich von selbst. *l. 37 § 4 de leg. III.*

Ueber die dem Legatar zustehende *exceptio doli* vgl. *l. 8 § 1 cit.* und *l. 3 § 1 sq. de lib. leg.*

[3] *l. 38 § 1 de pecul. (15. 1). l. 30 § 1 sol. matr. (24. 3).*

[4] *l. 1 pr. l. 3 de cond. s. c. (12. 7). l. 5 § 1 de act. emt. (19. 1). l. 76 de iure dot. (23. 3). l. 1 pr. ut in poss. leg. (36. 4). l. 2 § 4 de don. (39. 5). l. 7 pr. § 1 de d. m. exc. (44. 4), c. 6 de iur. et fact. ign. (1. 18), c. un. de err. calc. (2. 5), c. 4 de cond. ob caus. (4. 6), c. 15 de fideiuss. (8. 41).*

deutenden Schriftstellern für jünger gehalten als die *exceptio doli (generalis)*, welche den Promittenten gegen die Klage des Stipulanten schützt[1]), und man wird zugeben müssen, dass bei dem Stande der Quellen ein ganz sicheres Urteil über diese Frage nicht möglich ist. Allein für unsere Ansicht, welche von Bähr (Anerkennung S. 101 fg., Jahrbb. für Dogm. II. S. 375 fg.) und Ihering (III. S. 125) verteidigt wird, spricht sehr entschieden der Umstand, dass der Weg der Klage „im Vergleich zu dem kürzeren Wege der *exceptio* ein Umweg, letzterer aber historisch überall der frühere ist" (Ihering, a. a. O.). Auch ist es nicht glaublich, dass in allen den Fällen, wo uns die Liberationscondiction begegnet, der Promittent bis zur Einführung der *exceptio doli generalis* vollkommen schutzlos gewesen sei[2]).

Entweder auf das gleiche historische Verhältniss oder vielleicht auch nur auf die Analogie der eben betrachteten Liberationsansprüche, durch deren materielle Umwandlung in Ansprüche auf Feststellung des Rechtsverhältnisses man sich daran gewöhnt hatte, die Liberation als Mittel zu diesem Zwecke zu verwenden, ist der in *l. 9 § 6, l. 10 loc. cond. (19. 2). l. 34 § 1 de usuf. (7. 1)* behandelte Liberationsanspruch

---

[1]) Gneist, form. Verträge S. 189 fg., Schmidt, in Richters Jahrbb. XXI. S. 30, Heimbach, Creditum S. 384, Witte, Bereicherungsklagen S. 50, Salpius, Novation S. 287.

[2]) Die *exceptio doli* ist — dies ist so gut wie sicher — erstmals von einem Prätor Cassius proponirt worden, Rudorff, Zschr. f. gesch. Rswissensch. XII. S. 166 fgg., *l. 4 § 33 de doli exc. (44. 4).* Da nun in dem asiatischen Edict des *Q. Mucius Scaevola* (um 98 v. Chr.) bereits eine absichtlich verkleidete *exceptio doli* vorkommt — vgl. S. 82 *n. 2* —, so kann die Prätur jenes Cassius kaum in das letzte Jahrhundert v. Chr. gesetzt werden. Am ehesten möchte man an den berühmten *L. Cassius Longinus Ravilla* (Volkstribun 137 v. Chr.) denken, dessen strenge Gerechtigkeit bei den Römern sprichwörtlich war. Wie lange aber mag es nach Einführung der *exceptio* noch gedauert haben, bis sie zur *generalis* wurde? Und schon bei Plautus finden sich Condictionsspuren, und von den *veteres* wurde bereits allgemein der Grundsatz aufgestellt: *id quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici. l. 6 de cond. ob turp. c. (12. 5).* Vgl. überhaupt: Bekker, I. S. 103 fgg.

zurückzuführen. Wenn in einem synallagmatischen Vertragsverhältniss die eine Partei von ihrer Verbindlichkeit dadurch frei geworden ist, dass die andere den individuell bestimmten Gegenstand dieser Verbindlichkeit, mit gleich günstigem Resultate für ihr Vermögen, aus anderm Rechtsgrunde erhalten hat [1], so braucht auch diese letztere ihre Vertragsverpflichtung nicht zu erfüllen: sie hat gegen die *actio* der erstern eine *exceptio doli* [2], daneben aber ihrerseits die Vertragsactio auf Liberation [3].

Sicher nur auf Analogie der Liberationscondictionen beruht die *actio quod metus causa* auf Acceptilation der zwangsweise übernommenen Verbindlichkeit. *l. 9 § 7 l. 14 § 6. 8. 9 quod met. c. (4. 2).* Denn diese Actio und die *exceptio metus* entstammen beide dem Edicte eines und desselben Prätors Octavius (vgl. die S. 115 *n. 2* citirte Abhandlung Rudorffs S. 149 fgg.), und der Liberationsanspruch kann daher hier niemals materielle Bedeutsamkeit besessen haben. Vielleicht ist es damit in Verbindung zu bringen, dass Pomponius die *actio quod metus causa* behufs Erlangung blosser Liberation überhaupt nicht zuliess. *l. 9 § 3 eod.*

Wir sehen also: die Liberations-Ansprüche in der Function, welche dieselben im spätern römischen Rechte haben,

---

[1]) Windscheid, II. § 360.

[2]) *Gloss.* zu *l. 10 cit.* Birkmeyer, S. 229.

[3]) Einen andern Fall der Vertragsactio auf Liberation findet man in *l. 15 § 9. l. 16 loc. cond.* Aber hier steht nicht eine bereits durch *exceptio* getilgte Verbindlichkeit in Frage, sondern der Liberationsanspruch ist von materieller Bedeutsamkeit. So oft nämlich in einem synallagmatischen Vertragsverhältnisse die eine Partei aus irgend einem Grunde von ihrer Verbindlichkeit ohne Erfüllung befreit ist, trotzdem aber durch freiwillige Erfüllung jederzeit die andere zur Erfüllung nötigen kann, so dass ihr diese gänzlich preisgegeben ist *(negotium claudicans)*, hat die letztere, um aus diesem Zustande der Ungewissheit herauszukommen, eine *actio* mit dem alternativen Anspruch, *ut aut stetur contractui aut discedatur. l. 13 § 27 sq. de act. emt. (19. 1).* In *l. 15 § 9 cit.*, wo nach dem individuellen Charakter des Falls die Wahl der befreiten Partei nicht zweifelhaft sein kann *(pluris locavi)*, wird daraus praktisch ein Liberationsanspruch. Missverstanden wird die Stelle meines Erachtens von Birkmeyer, S. 217 fgg.

sind teils rudimentäre Ueberbleibsel früherer materiell bedeutsamer Ansprüche teils Neuschöpfungen, die nach Analogie dieser da ins Leben traten, wo das Interesse des formell Verpflichteten, die materielle Nichtexistenz seiner Verbindlichkeit festgestellt zu sehen, und die Unbilligkeit, ihm diese Feststellung zu verweigern, besonders hervortraten. Der Charakter der Einwirkung der Exceptio auf das materielle Recht aber hat mit der Entstehung dieser Ansprüche nirgends etwas zu tun.

II. Die materiellen Eigentümlichkeiten der Exceptionswirkung.

§ 15.

A. Im Allgemeinen.

Wenn wir im Bisherigen gefunden haben, dass die Exceptionswirkung sich von derjenigen der civilen Tilgungsgründe der Rechte grundsätzlich nicht unterscheidet, so folgt daraus noch nicht, dass nicht in einzelnen praktisch erheblichen Punkten, unbeschadet des Princips, jene andern Rechtssätzen unterliegen könnte als diese. In diesem und den folgenden Paragraphen soll untersucht werden, ob und inwieweit eine solche Verschiedenheit wirklich besteht.

Die Zahl und Bedeutung der materiellen Eigentümlichkeiten, welche der Exceptionswirkung zugeschrieben werden, ist nun schon nach den Behauptungen derjenigen, die principiell auf einem andern Standpunkte stehen als wir, eine sehr geringfügige. In den weitaus meisten Beziehungen behandeln die Quellen die exceptionsmässige Befugniss so unzweideutig als Nichtbefugniss, dass ein Missverständniss unmöglich ist. Die Zahlung der durch *exceptio perpetua* getilgten Schuld gilt als Zahlung einer Nichtschuld, *l. 26 § 3, l. 40 pr. de cond. indeb. (12. 6)*. Das Constitutum derselben ist nichtig, *l. 3 § 1 de pec. constit. (13. 5)*. Wenn der Gläubiger dem durch eine solche Exceptio geschützten Schuldner die Libe-

ration legirt, so ist das Legat *nullius momenti*, *l. 13 de lib. leg. (34. 3)*. Zur Compensation ist der exceptionsmässige Anspruch überhaupt nicht tauglich, *l. 14 de compens. (16. 2)*. Und, wenn in den drei ersten Beziehungen die *exceptio dilatoria* abweichend behandelt wird, so hat dies offensichtlich seinen Grund in Erwägungen, die sich im Rechte auch da Geltung verschafft haben, wo die Existenz des Anspruchs aus civilen Gründen aufgeschoben ist.

Man führt daher heute[1]) im Ganzen nur noch drei Unterscheidungsmerkmale der Exceptionswirkung an[2]). Mit der Exceptionswirkung sei es erstens vereinbar, dass eine *naturalis obligatio* bestehen bleibe, mit der Wirkung civiler Tilgungsgründe nicht. Es könne ferner der Umfang der Exceptionswirkung in Hinsicht auf die Frage, wer die Exceptio und gegen wen man sie vorschützen dürfe, bald enger bald weiter bestimmt sein, was sich ebenfalls bei den civilen Verteidigungsgründen anders verhalte. Und endlich: es könne nur das exceptionsmässige Recht ohne wiederholten Eintritt seiner Entstehungsvoraussetzungen (durch Wegfall der Exceptio) zu erneutem Leben gelangen, während eine solche Wiedererweckung bei dem civil vernichteten Rechte unmöglich sei.

Von diesen Unterscheidungen bedürfen die beiden erstangeführten keiner näheren Besprechung, weil ihre Unbegründetheit sofort in die Augen springt. Auch bei civiler Vernichtung nämlich kann eine Naturalobligation zurückbleiben; dies zeigt

---

[1]) Das wirre Durcheinander des früher in dieser Lehre zusammengehäuften Scheinwissens — vgl. z. B. die Inauguraldissertation Leistens in *Zangeri aliorumque summ. iuriscons. de except. etc. opuscula, Francof. 1733*, *p. 78 sqq.* und die Präliminardissertation Senckenbergs *cap. VII. § 3* in *Zangeri tract. duo de except. et quaest., eod. 1730* — darf man billig unbeachtet lassen.

[2]) Vgl. die bei Birkmeyer, S. 55, in den Noten angeführten Schriftsteller, welchen noch Bethmann-Hollweg II. S. 390 und hinsichtlich der dritten im Text angegebenen Unterscheidung Reinhold, Zschr. f. Civrt. u. Pr. N. F. XIII. S. 193 fgg., sowie die Lehrbücher von Wächter, Sintenis, Arndts, Vangerow, Unger und Windscheid (s. S. 100 *n. 1*) beizufügen sind.

sich an der Wirkung der processualen Consumtion (wo dieselbe nach Civilrecht stattfindet) und der *capitis deminutio*[1]). Ebensowenig hat die Frage nach dem activen und passiven Umfang der Wirkung eines Tilgungsgrunds mit dessen etwaigem Charakter als Exceptio etwas zu tun; denn auch im Gebiete des Civilrechts finden sich hier weitgehende Verschiedenheiten; so kann sich z. B. der *actio negatoria* gegenüber auf eine bestellte Servitut nur der Servitutberechtigte, auf Erlöschungsgründe des Eigentums aber ein Jeder berufen[2]).

Im Folgenden wird daher nur die dritte der angeblichen Eigentümlichkeiten der Exceptionswirkung — die Wiedererweckbarkeit des exceptionsmässigen Rechtes — ausführlich behandelt werden.

B. Die Wiedererweckbarkeit des exceptionsmässigen Rechts.

§ 16.

1. Die Wiedererweckung der Rechte überhaupt.

Es ist in der Theorie unserer Wissenschaft auch heutzutage noch keine seltene Erscheinung, dass positive Rechtssätze, welche ihren Ursprung einfach dem Bedürfnisse des Verkehrs verdanken, als logische Notwendigkeit hingenommen und dann auf dem Wege formal-juristischer Argumentation zur logischen Begründung der gewagtesten Aufstellungen verwendet werden. Dieses Schicksal hat insbesondere auch die im römischen Civilrecht geltende Regel betroffen, dass nichtige oder vernichtete Rechte auf keine Weise zur Gültigkeit erweckt werden können[3]), und also den Beteiligten nichts

---

[1]) Brinz, (1. Aufl.) I. S. 133. Krüger, Zschr. für Rgesch. VII. S. 228 fg., Birkmeyer, S. 55.

[2]) Vgl. auch Krüger, a. a. O. S. 229, und zustimmend Birkmeyer, S. 56.

[3]) Diese Regel wird von Paulus in *l. 98 § 8 de solut. (46. 3)*

übrig bleibt, als durch wiederholte Herbeiführung der von Anfang an zur Entstehung des Rechts erforderten Voraussetzungen dasselbe neu zu schaffen. Man betrachtete diesen Satz gewissermassen als apriorische Wahrheit und erklärte das Gegenteil ohne Weiteres für unmöglich; und da nun bei den exceptionsmässigen Rechten das Unmögliche dennoch möglich geworden war, so war dies eben ein Beweis dafür, dass die Exceptio das Recht nicht zu vernichten vermöge. „Wenn einer Vindication, sagt Savigny (System, V. S. 157 fg.), die Veräusserung des Eigentums, oder einer Schuldklage die Zahlung der Schuld entgegengesetzt wird, so kann die vernichtende Kraft dieser Rechtsgeschäfte unmöglich durch spätere Ereignisse, z. B. Verträge, geschwächt worden sein, da überhaupt nichts mehr vorhanden war, das einer späteren Entwicklung empfänglich gewesen wäre. Es könnte in diesen Fällen höchstens ein neues Eigentum oder eine neue Schuldforderung erworben werden, welche Rechte jedoch mit den frühern gleichartigen Rechten des Klägers keinen innern Zusammenhang haben würden. Es ist wohl zu bemerken, dass dieser Unterschied in dem innern Wesen der Rechtsverhältnisse gegründet ist, also keinen bloss historischen Charakter hat.“ Einem ähnlichen Gedankengang wird man bei den meisten der S. 118 *n. 2* angeführten Schriftsteller begegnen.

Von unserm Standpunkt aus kann selbstverständlich von einer Unmöglichkeit in Savigny's Sinne gar nicht gesprochen werden. Es ist ja auch sehr leicht zu entdecken, was Savigny's Ausführung den Schein der Wahrheit gibt: nichts Anderes als die bereits widerlegte falsche Auffassung des Rechts als einer Macht. Eine gehemmte Macht kann durch blosse Beseitigung des Hemmnisses wieder wirksam werden, eine vernichtete Macht muss neu geschaffen werden: was ist einleuchtender? Ist man aber mit uns der Ueber-

---

etwas ungeschickt durch das bekannte „*in perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest*“ wiedergegeben. Dass eine *in perpetuum* beseitigte Obligation nicht wieder aufleben kann, dies brauchen wir nicht erst aus dem Gesetze zu erfahren; die Frage ist gerade die, ob die Obligation *in perpetuum* aufgehoben ist.

zeugung, dass das subjective Recht nur in dem Willen des Staats besteht, so bemerkt man sofort, dass, auch bei völlig vernichtetem Rechte, das von Savigny vermisste Etwas, welches unter dem Einfluss einer erweckenden Tatsache von neuem Wirksamkeit gewinnen kann, immer noch vorhanden ist. Dies Etwas sind nämlich die früher eingetretenen Entstehungsvoraussetzungen, welche durch den Vernichtungsgrund keineswegs die Fähigkeit verlieren, unter veränderten Umständen wiederum auf den Staatswillen einzuwirken. Der Staat erklärt z. B., er wolle, dass eine dargeliehene Summe dem Darlehnsgeber auf Verlangen zurückbezahlt werde; er erklärt ferner, dass er dies zu wollen aufhöre, sobald die Zurückzahlung wirklich erfolgt sei (Zahlung tilgt die Darlehensschuld). Was in aller Welt kann den Staat hindern, bei Eintritt einer dritten Tatsache (z. B. eines Vertrags, wornach die erfolgte Zahlung auf eine andere Schuld angerechnet werden soll) die Zurückzahlung von neuem zu wollen? Und wenn der Staat in dieser Weise auf seinen ersten Willen zurückkommt, wird desswegen irgend Jemand behaupten, die Zahlung vermöge die Darlehnsschuld nicht wirklich zu vernichten?

Wir sehen also, dass die erwähnte Regel des Civilrechts keineswegs *ratio scripta* ist, sondern vielmehr ein positiver und allerdings wohlbegründeter Rechtssatz, der sich durchaus nicht dazu eignet, der gegnerischen Lehre von dem Fundamentalunterschiede zwischen Exceptionen und civilen Tilgungsgründen zur Stütze zu dienen. Unsere Aufgabe ist daher allein die: zu untersuchen, ob und inwieweit jene Regel im Civilrecht durchgeführt ist, und danach festzustellen, ob und inwieweit die Wiedererweckbarkeit als eine Eigentümlichkeit des exceptionsmässigen Rechts gegenüber dem *civiliter* nichtigen oder vernichteten bezeichnet werden darf.

Die Regel der Unerweckbarkeit nun ist im römischen Civilrecht nicht nur nicht strenge durchgeführt, sondern es haben die römischen Juristen sogar eine eigene Formel für die plausible Construction derjenigen Fälle erdacht, in denen diese und einige andere mit ihr verwandte Regeln, welche ich hier

nicht weiter zu besprechen habe[1]), umgangen werden. Da man nämlich offene Ausnahmen von derselben regelmässig nicht aufzustellen wagte — so weit ging man gewöhnlich nur da, wo man sich für die Ausnahme unmittelbar auf den Ausspruch des Gesetzgebers berufen konnte —, so versteckte man die Ausnahme hinter einer Pendenzconstruction. Statt zuzugeben, dass die Wirkung eines Nichtigkeitsgrunds oder Vernichtungsgrunds zwar sofort eintrete, durch eine spätere Begebenheit aber rescindirt werde, erklärte man diese Wirkung für pendent in dem Sinne, dass erst *ex postfacto* erkannt werden könne, ob sie bereits während der Schwebe eingetreten gewesen sei oder nicht. Der wirkliche Rechtszustand während der Schwebe entspricht nun freilich dieser Fiction ganz und gar nicht; es liegt sogar auf der Hand, dass eine objective Ungewissheit zwischen Sein und Nichtsein der Rechtswirkung logisch unmöglich ist[2]). Aber man gewann dadurch, dass man letztere *ex post* wegfingirte, die Möglichkeit, die Convalescenz des Rechts statt an die erweckende Begebenheit unmittelbar wieder an dessen Entstehungsvoraussetzungen anzuknüpfen, und die civile Regel war gerettet!

Wir hingegen haben durchaus keine Veranlassung, aus Respect vor dieser Regel die Augen vor dem wirklichen Stand der Dinge zu verschliessen, und wir werden daher,

---

[1]) Dieselben fallen sämmtlich unter den von Ihering, III. S. 149 fgg., sogenannten Gedanken der Concentration des Rechtsgeschäfts.

[2]) Bekanntlich findet Hegel die Einheit des Seins und Nichtseins im Werden. Es ist bemerkenswert, dass Ihering (III. S. 164) — unter dem Einfluss Hegels? — den Zustand der Pendenz als einen Zustand des Werdens bezeichnet. Gegen Ihering dürfte, ganz abgesehen von der Haltbarkeit des Hegel'schen Satzes, vor Allem geltend zu machen sein, dass das Werden einen Zustand der Entwicklung bedeutet, während in der Pendenz von einer Entwicklung nichts wahrzunehmen ist. Was insbesondere das bedingte Rechtsgeschäft, welches Ihering a. a. O. im Auge hat, betrifft, so vollzieht sich das Werden — der Uebergang vom Nichtsein zum Sein — der rechtlichen Wirkung im Moment des Eintritts der Bedingung und nicht während ihrer Schwebe.

wo wir die Regel durchbrochen sehen, dies ohne Rücksicht auf die etwa vorgeschobene Pendenzfiction feststellen.

Der bekannteste unter den Fällen, in denen ein *civiliter* nichtiges Rechtsgeschäft nachträglich rechtliche Wirksamkeit gewinnt, ist der von Krüger (Zschr. f. Rgesch. VII. S. 227. 229) angeführte: die Convalescenz der Schenkung unter Ehegatten durch den Tod des Schenkers[1], durch gegenseitige Schenkung und durch Wegfall der Bereicherung. *l. 32 § 1. l. 7 § 1* u. *2 de don. i. v. e. u. (24. 1)*, vgl. auch noch *c. 25 eod. (5. 16)*. Beispiele von Wiedererweckung bieten aber ferner noch folgende Quellenzeugnisse.

I. l. 9 § 3 l. 10 de fundo dot. (23. 5) African. Paul.:

> *His consequens esse ait, ut, si Cornelianum aut Sempronianum fundum debenti id, quod debet, doti promissum sit, utrum eorum malit, dotalem esse*[2]. *plane utrum velit, alienaturum: alterum alienari non posse. si tamen alienum (alienatum?* Mo.*) rursus redimat, adhuc in eius potestate est, an eum, quem retinuisset, alienare (*Flor. *alienari) velit;*
>
> *(l. 10.) erit ergo potestas legis ambulatoria, quando talis*[3] *fuit obligatio. numquid ergo etiam illo nondum redempto alterum quoque alienare possit, quia potest alterum redimere? an hoc non debet recipi, ut nullus in dote sit? certe ex postfacto videbitur recte alienatus illo postea redempto.*

Jemand schuldet alternativ das Cornelianische oder das Sempronianische Grundstück. Sein Gläubiger gibt ihm diese Schuld zur *dos*. So lange nun der Schuldner Eigentümer

---

[1]) Trotz der entschiedenen Redeweise der *l. 32 § 1 de don. i. v. e. u.* — *ut et ipso iure res fiant eius etc.* — kommt doch auch hier die Pendenzfiction vor, *l. 32 § 23 eod.*: — *utputa uxori acceptum tulit donationis causa, quod debeat: potest dici pendere acceptilationem non ipsam sed effectum eius.* Vgl. auch *l. 20 eod.*

[2]) Die Flor. hat *utrum eorum dotalem esse malit.* Der Text folgt der von Mommsen empfohlenen Conjectur Wächtlers.

[3]) So Mommsen statt des sicher corrumpirten *„quia dotalis"* der Flor.; Cujaz vermutet ebenfalls ansprechend: *quia dotis talis.*

beider Grundstücke ist, steht es in seiner Wahl, welches von ihnen dotal und also unveräusserlich sein soll. Sowie er aber das eine veräussert, nimmt das andere von selbst diese Eigenschaften an. Kehrt indess das veräusserte Grundstück wieder in das Eigentum des Schuldners zurück, so gewinnt derselbe das alte Wahlrecht wieder. Die *l. 10 cit.* behandelt nun die Frage, ob eine vor Rückerwerb des veräusserten Grundstücks erfolgte Veräusserung des zweiten Grundstücks durch den Rückerwerb jenes nachträglich gültig werde, und entscheidet dieselbe bejahend, trotzdem nicht der geringste Zweifel darüber obwalten kann, dass, so lange das erstveräusserte Grundstück sich in fremden Händen befindet, die Veräusserung des zweiten gänzlich nichtig ist. Theoretisch vermittelt wird diese Entscheidung dadurch, dass der Jurist die zeitweilige Nichtigkeit der zweiten Veräusserung einfach wegfingirt: *ex postfacto videbitur recte alienatus.*

II. In *l. 82 ad leg. Falc. (35. 2)* behandelt Ulpian folgenden Fall. Ein Erbe findet in einer ihm zugefallenen Erbschaft nichts als eine Schuldforderung im Belauf von 400. Nun ist dem Schuldner dieser 400 selbst die Liberation, einem Dritten, dem Seius, der Betrag von 400 baar legirt, der Schuldner aber ist ganz oder teilweise insolvent. Es erhebt sich die Frage: *quantum quisque habeat interventu legis Falcidiae.* Behufs Entscheidung derselben stellt der Jurist zwei Grundsätze voran; einmal: wirklicher Betrag der Erbschaft ist nur *id quod ex hereditate refici potest*; zweitens: sich selbst gegenüber gilt der Schuldner immer als zahlungsfähig. Letzterer Satz wird nun *incidenter* näher ausgeführt und zu seiner Erläuterung der Fall unterstellt, es habe Jemand seinem Schuldner, von dem er 400 zu fordern hatte, als *mortis causa donatio* 400 acceptiferirt. Dieser Fall ist es, der uns hier allein angeht. Ulpian fährt nämlich fort:

> *eleganter dicitur acceptilationem in pendenti fore, ut, si quidem mortis tempore quadringenta tota (tantum?* Mommsen) *inveniantur, in trecenta valeat acceptilatio; si vero praeterea aliquid inveniatur, quod quadrantem suppleat heredi, in quadringenta acceptilatio proficiet.*

quodsi debitor iste quadringentorum dumtaxat centum facere potest, quia sibi solvendo est, necesse habebit centum refundere.

Da nun die *acceptilatio mortis causa* gleich jeder andern *acceptilatio* die Obligation vernichtet — *acceptilatione interveniente abitum ab iure pristinae obligationis, l. 24 de m. c. don. (39. 6)* —, so haben wir hier ein zweites Beispiel, wie eine vernichtete Befugniss *ex postfacto* (durch die Wirkung der *lex Falcidia*) wiederaufleben kann; ein Beispiel, welches desswegen besonders lehrreich ist, weil wir in *l. 15 pr. ad leg. Falc. (35. 2)* denselben Rechtsfall mit Bezug auf das *ope exceptionis* wirkende *pactum de non petendo* entschieden finden. Hier sagt nämlich Papinian:

Quod bonis iure Falcidiae contribuendum est a debitore, cui mortis causa pacto debitum remissum est, in factum concepta replicatione retinebitur.

III. l. 57 pr. de usuf. (7.1) Papin.

Dominus fructuario praedium, quod ei per usumfructum serviebat, legavit; idque praedium aliquamdiu possessum legatarius restituere filio, qui causam inofficiosi testamenti recte pertulerat, coactus est; mansisse fructus ius integrum, ex postfacto apparuit.

Offenbar war hier der Legatar bis zu dem Moment, wo der Sohn mit der Querel obsiegte, Eigentümer des Grundstücks und war also der Niessbrauch vollständig untergegangen; die Pendenzfiction vermittelt sein Wiederaufleben.

IV. l. 41 § 3 de furtis (47. 2) Ulp.

Si quis post noxam admissam hostium servus fuerit factus, videndum est an extinguatur actio. et Pomponius scripsit extingui actionem, et si fuerit reversus postliminio vel quo alio iure, renasci eam actionem debere; et ita utimur.

Es wird keine Schwierigkeit haben, die Zahl dieser quellenmässigen Wiedererweckungsfälle durch solche zu vermehren, welche zwar in den Quellen nicht ausdrücklich erwähnt sind, aber aus deren sonstigem Inhalt mit Sicherheit construirt werden können. Namentlich sei hier auf diejenigen Lehren ver-

wiesen, in denen die Pendenzfiction vorkommt, z. B. die von der Repudiation der Legate, vom Anfall des *peculium castrense* an den Hausvater u. a. m.

Nachdem wir bewiesen haben, dass dem Civilrecht die nachträgliche Beseitigung der Wirkung von Nichtigkeits- und Vernichtungsgründen nicht fremd ist, verwandelt sich die oben aufgeworfene Frage, ob und inwieweit die Wiedererweckbarkeit eine Eigentümlichkeit des exceptionsmässigen Rechtes sei, in die andere, ob es Tatsachen gibt, welche nur oder regelmässig nur für die exceptionsmässigen Rechte sich als Wiedererweckungsgründe qualificiren.

Sehen wir nun zunächst von derjenigen Tatsache ab, welche uns in den beiden folgenden Paragraphen ausführlicher beschäftigen wird, — dem Verzicht des exceptionsweise befreiten Schuldners auf die Exceptio —, so müssen wir im Uebrigen auch die so gestellte Frage entschieden verneinen. Es liegt in der Natur der Sache, dass der Prätor es nur in sehr wenigen Fällen[1]) mit der Billigkeit vereinbar finden wird, dem Schuldner, welcher nicht verzichtet hat, seine Exceptio zu nehmen. In den meisten dieser Fälle geschieht die Beseitigung der Exceptio in Berücksichtigung der besondern Natur des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses und eignet sich daher durchaus nicht zur Begründung einer Regel über die Wiedererweckung der exceptionsmässigen Rechte überhaupt; vgl. z. B. *l. 48 de procur. (3. 3), l. 31 de iureiur. (12. 2), l. 17 § 4 de instit. act. (14. 3), l. 16 pr. ad SC Vell. (16. 1), l. 15 pr. ad leg. Falc. (35. 2), l. 49 pr. ad SC Treb. (36. 1), l. 9 § 2 de lib. cau. (40. 12)*, auch *l. 14 § 9 quod met. c. (4. 2)*.

Aus einigen andern Stellen lässt sich zwar eine Regel ableiten, aber eine Regel, die für das materielle Recht ohne alle Bedeutung ist: jeder Actio gegenüber fällt nämlich die

---

[1]) Man überschätzt leicht deren Zahl und Bedeutung, indem man übersieht, dass die weitaus meisten Repliken nicht erst nachträglich, sondern gleichzeitig mit der Exceptio entstehen und daher das Recht überhaupt nicht exceptionsmässig werden lassen.

Exceptio dann weg, wenn derselbe Anspruch, der mit dieser Actio verfolgt werden soll, auch mit einer andern nachgehends erworbenen und niemals exceptionsmässig gewesenen Actio verfolgt werden kann: *nihil enim debitoris interest qua actione conveniatur, l 8 § 13 ad SC Vell. (16. 1), l. 14 de fideiuss. (46. 1), l. 95 § 2 de solution. (46. 3)* [1]. Man sieht: es handelt sich hier im Grund nicht sowohl um die Wiedererweckung eines exceptionsmässigen Anspruchs, als vielmehr um die Herstellung einer andern Form processualer Verfolgung für einen niemals exceptionsmässig gewesenen.

Einzig und allein die regelmässige Verzichtbarkeit der Exceptionen kann in gewissem Sinn als materielle Eigentümlichkeit derselben gelten. Inwiefern, soll nunmehr gezeigt werden.

2. Der Verzicht auf Exceptionen.

§ 17.

a. Durch Vermächtniss?

Ein testamentarischer Verzicht auf Exceptionen kommt in den Quellen nicht vor und kann in ihnen nicht vorkommen. Ein solcher wäre nur gedenkbar in den beiden Formen des Vermächtnisses: Legat oder Fideicommiss. Legat und Fideicommiss aber erzeugen einen neuen, mit der *actio ex testamento* oder *fideicommissaria* zu verfolgenden Anspruch; und wenn wir auch, was zwar in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt ist, annehmen dürfen, dass geeigneten Falls aus einem Vermächtniss auch eine *replicatio doli* oder *in factum* erteilt wurde,

---

[1]) Der Tadel, den Krüger, Zschr. f. Rgesch. VII. S. 229 fg., wegen der hier gegebenen Entscheidung gegen Papinian ausspricht, ist gewiss nicht gerechtfertigt, vgl. Bekker, II. S. 281 *n. 2.* Papinian denkt gewiss nur an den Fall, wo kein Unterschied zwischen dem Gegenstand der beiden Actionen stattfindet, und würde andernfalls anders entschieden haben.

so bedeutet dies — gleichwie in den am Schlusse des § 16 betrachteten Fällen — doch nur formell eine Wiedererweckung des alten Anspruchs; der Sache nach hat eine derartige Replik die Function, die Verfolgung des Anspruchs aus dem Vermächtniss in einer andern Form zu ermöglichen: *quia nihil debitoris interest qua actione conveniatur* [1]).

Die Stellen, die man bisher sehr allgemein von der testamentarischen Wiedererweckung eines exceptionsmässigen Anspruchs verstand [2]), handeln sämmtlich nur von der Frage, ob ein in gewisser Form hinterlassenes Legat giltig sei, d. h. ob der Gegenstand dieses Legats mit der *actio ex testamento* eingefordert werden könne. Es sind dies folgende drei:

l. 28 pr. de leg. I. Ulp.

Si creditori meo, tutus adversus eum exceptione, id quod ei debeo legem, utile legatum est, quia remissa exceptio videtur; sicut Aristo ait: id quod honoraria actione mihi debetur, si legetur mihi, legatum valere, quia civilis mihi datur actio pro honoraria.

l. 7 § 2 de leg. III. Ulp.

Si quis creditori suo legaverit id quod debet, fideicommitti eius non poterit, nisi commodum aliquod ex legato consequatur, forte exceptionis timore (remotae? Mo.*) vel si quod in diem debitum fuit vel sub condicione.*

l. 13 de lib. leg. (34. 3) Julian.

Si creditor debitori, qui se exceptione perpetua tueri poterat, legaverit, quod sibi deberet, nullius momenti legatum erit. at si idem debitor creditori legaverit, intelligendum erit, exceptionem eum remitti creditori voluisse.

In allen drei Stellen erscheint dasselbe Rechtsverhältniss. Ein Testator, der von einer Schuld exceptionsweise befreit war, hatte seinem Exgläubiger den Gegenstand dieser Schuld

[1]) Der einzige Fall, in dem die Quellen eine wirkliche letztwillige Ratihabition anerkennen, ist erst von Justinian eingeführt und überdies kein Exceptionsfall: *c. 25 de don. i. v. e. u. (5. 16).*

[2]) So selbst Brinz, krit. Viertjschr. XIV. S. 223 oben, Pandekten (1. Aufl.) II. S. 1632, besonders aber Birkmeyer, S. 67 fgg. vgl. mit S. 57 unten.

unter der näheren Bezeichnung *„quod ei debeo"* legirt: ist dies Legat giltig?

Die Frage wird hier aus einem andern Gesichtspunkte bejaht als da, wo der vom Testator als geschuldet bezeichnete Vermächtnissgegenstand *iure civili* nicht geschuldet ist. Letzternfalls nämlich pflegt zur Begründung der Giltigerklärung des Legats der Satz *„falsa demonstratio non nocet"* beigezogen zu werden [1]; hier dagegen berufen sich die Juristen darauf, dass der Testator die Exceptio habe erlassen wollen [2]. Der Grund der Unterscheidung liegt am Tage. Der Satz *„falsa demonstratio non nocet"* ist ein Notbehelf; er beruht auf der Voraussetzung, dass der Testator, möge er nun die *demonstratio* im Bewusstsein ihrer Falschheit oder irrtümlich beigesetzt haben, in keinem Falle beabsichtigt habe, deren Inhalt zur Bedingung seiner Zuwendung zu machen. Bewusst falsche Angaben oder Irrtum des Testators wird man

---

[1]) *l. 75 § 1 de leg. I. l. 25 i. f. de lib. leg. (34. 3). c. 2. 3. 5 de falsa causa (6. 44).*

[2]) Einen Unterschied in der materiellen Behandlung beider Legate führt dieser Unterschied in der Motivirung nicht mit sich. Anderer Meinung ist Birkmeyer S. 67 fgg., welcher annimmt, das *legatum debiti sub exceptione* sei schon dann giltig, wenn die Schuld nur kenntlich gemacht sei, während zur Giltigkeit des Vermächtnisses des *nullo iure* geschuldeten Gegenstands die namentliche Bezeichnung desselben erfordert werde. Dieser letztere Satz, der eine unbegreifliche Anomalie gegenüber den sonst von der Auslegung der Testamente geltenden Grundsätzen enthalten würde, geht aber weder aus den von B. S. 72 angeführten Stellen — *c. 3. 5. de falsa cau. (6. 44). l. 1 § 7 de dote prael. (33. 4). l. 75 de legat. I.* — noch aus *l. 25 de lib. leg.*, auf welche B. S. 70 fg. so grosses Gewicht legt, hervor. Aus jenen nicht, weil in den daselbst behandelten Fällen der Gegenstand des Legats auch nicht kenntlich gemacht ist — denn welche Summe soll die Frau aus dem *legatum dotis* fordern, wenn sie nicht beweisen kann, was der Mann *dotis nomine* erhalten hat? —; aus *l. 25 cit.* nicht, weil das *quodsi centum aureos etc.* am Schluss dieses Fragments, nicht, wie B. glaubt, im Gegensatz zu dem vorhergehenden *sed et si demonstret etc.* steht, sondern offenbar ein Beleg dazu ist (ein Legat *cum demonstratione*, in welchem *emolumentum debiti non ampliatur*). Es ist daher kein Zweifel, dass die Kenntlichmachung des Vermächtnissgegenstands in allen Fällen genügt.

aber gewiss nur da unterstellen, wo es schlechtweg unmöglich ist, die Wahrheit der *demonstratio* zu retten. Eine solche Unmöglichkeit liegt vor, wenn der Testator einen *nullo iure* geschuldeten Gegenstand als geschuldet bezeichnet. Ist dagegen der Gegenstand *iure civili* geschuldet und nur *iure praetorio* nicht geschuldet, so ist es viel natürlicher anzunehmen, das „*quod ei debeo*" des Testators wolle besagen: *quod iure civili ei debeo*, d. h. der Testator habe dem Legatar bewusster Massen durch das Legat diejenige rechtliche Stellung geben wollen, in der er sich befände, wenn keine Befreiung *ope exceptionis* eingetreten wäre, habe ihm — mit andern Worten — die Exceptio erlassen wollen.

Dies ist der einfache und klare Sinn unserer Fragmente. Der Gedanke an eine Wiedererweckung des exceptionsmässigen Anspruchs liegt keinem derselben zu Grunde. Was zu der entgegengesetzten Meinung verführte, war lediglich der Ausdruck *remittere exceptionem*, den man von einer solchen Wiedererweckung verstehen zu müssen glaubte. Wenn man sich aber den Gebrauch desselben Ausdrucks in *l. 12 de novat (46. 2)*[1]) vergegenwärtigt, so wird man zugeben, dass damit nur gesagt sein will, der Testator verleihe dem Legatar an Stelle seines bisherigen exceptionsmässigen Anspruchs einen exceptionsfreien. In *l. 7 § 2 cit.* wird derselbe Gedanke dahin wiedergegeben, dass das Legat den Legatar von dem *timor exceptionis* befreie, und hier tritt durch die Parallele zwischen *exceptio* einerseits und *condicio* und *dies* andererseits besonders anschaulich hervor, dass der Jurist nur von der Zuständigkeit der *actio ex testamento* handelt[2]). Denn

---

[1]) *Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur.*

Dadurch also, dass der Delegat dem Delegatar promittirt, erlässt er dem Deleganten die Exceptio!

[2]) Dieselbe Parallele ziehen zwar nicht die Juristen selber, wohl aber die Compilatoren auch mit Bezug auf die Entscheidungen in *l. 28 pr. cit.* und *l. 13 cit.*, wie sich aus der Vergleichung von *l. 29* und *l. 14 eod.* ergibt.

das Vermächtniss eines bedingt oder betagt geschuldeten Gegenstandes kann jedenfalls nur mit der *actio ex testamento* eingefordert werden, da die einer Stipulation u. dgl. einmal beigefügte Bedingung oder Befristung durch kein Legat rückgängig gemacht werden kann.

§ 18.

b. Unter Lebenden.

Wenn man von „Verzichtbarkeit der Exceptionen unter Lebenden“ spricht, so kann darunter ein Verschiedenes verstanden werden. Daher ist festzustellen, was hier unter „Verzicht“ verstanden werden soll. Es ist damit nicht gemeint: die blosse Unterlassung der Exceptionsvorschützung im Processe; nicht: die *remissio exceptionis*, welche der exceptionsweise befreite Schuldner dadurch gewährt, dass er sich auf Novation oder Delegation der exceptionsmässigen Actio einlässt [1]; nicht: der bei Abschluss eines Vertrags erklärte Verzicht auf Exceptionen, welche der künftigen Vertragsactio entgegengehalten werden könnten. Vielmehr habe ich allein im Auge: die Wiedererweckung eines exceptionsmässigen Anspruchs, welche sich dadurch vollzieht, dass der Schuldner auf die Wirkung der bereits begründeten Exceptio durch Rechtsgeschäft verzichtet.

In diesem Sinne und nur in diesem [2] darf die regel-

[1]) Ueber das *Constitutum debiti sub exceptione*, vgl. oben S. 117.

[2]) Denn in den übrigen im Text namhaft gemachten Beziehungen steht die Exceptio durchaus auf einer Stufe mit den civilen Verteidigungsgründen. Die Versäumung der Exceptio im Processe hat keine andere materielle Wirkung als die jeder andern Einrede auch, Brinz (1. Aufl.), II. S. 1633, Birkmeyer, S. 57. Novation und Delegation der exceptionsmässigen Schuld wird genau so behandelt wie diejenige der civilen Nichtschuld, Salpius, Novation S. 276 fgg., Bähr, Anerkennung S. 189, Brinz (2. Aufl.) I. S. 371. Ein Vorausverzicht endlich kann auch auf die Wirkung civiler Erlöschungsgründe geleistet werden; man denke z. B. an *pacta de casu praestando*.

mässige Verzichtbarkeit der Exceptionen als eine Besonderheit derselben gegenüber den civilen Nichtigkeits- und Vernichtungsgründen betrachtet werden.

Ein unter Lebenden erklärter Verzicht auf civile Einreden, z. B. der Zahlung, Novation, Acceptilation, des Wahnsinns oder der *infantia* des Promittenten, ist ohne alle rechtliche Erheblichkeit. Das Civilrecht lässt ihn nicht zu: *in perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest;* und der Prätor erteilt auf Grund solchen Verzichts weder Restitution noch Replik[1]. Dagegen haben wir für den Satz, dass auf Exceptionen regelmässig wirksam verzichtet werden kann, ein allerdings nicht eben reichhaltiges, aber doch vollkommen genügendes Beweismaterial.

Hauptsächliches Gewicht lege ich auf die unbestrittene Widerruflichkeit des *pactum de non petendo* durch nachträgliches *pactum de petendo. Gai. IV. 126., pr. J. de replic. (4. 14), l. 27 § 2 de pactis (2. 14).* Es lässt sich durchaus kein rechtspolitischer Grund absehen, um dessen willen die *exceptio pacti* eher dem Verzichte unterworfen worden sein sollte als die *ex-*

---

[1]) Beiläufig möge hier die Frage berührt werden, ob gegenüber einem civilrechtlichen Verteidigungsgrunde eine Replik überhaupt möglich war. Ich glaube diese Frage entschieden verneinen zu sollen. Für ihre Verneinung spricht der Gesammtinhalt der Quellen und besonders deutlich *l. 27 § 2 de pactis;* für ihre Bejahung keine einzige Stelle, namentlich nicht — auch nicht möglicher Weise — die von Bekker, II. S. 285, hieher gezogene *l. 7 § 9 de d. m. (4. 3).* Die hier erwähnte Exceptio *Si collusum est* ist nämlich eine ächte wirkliche Exceptio und durchaus nicht, wie B. annimmt, eine Replik gegen die *exceptio* oder die civile Einrede der *res iudicata.* Denn das Judicium, dessen **Translation** sich der *dolo procuratoris* absolvirte Schuldner unter der genannten Exceptio gefallen lassen soll, kann unmöglich das von Anfang an gegen ihn zuständig gewesene und bereits durch Urteil erledigte sein; vielmehr ist das *iudicium mandati*, welches nach *l. 8 § 1 mandati* gegen den Procurator zusteht, gemeint, und jene Exceptio ist eine Sachlegitimationsexception im Bülow'schen Sinne, interessant namentlich dadurch, dass sie sich nicht, wie die übrigen dieser Art (Bülow, Processeinreden S. 30 fgg.) auf die Sachlegitimation des klagenden, sondern auf die des beklagten Processvertreters, d. i. auf dessen Verpflichtung zur Processübernahme bezieht.

ceptiones doli, metus u. s. w., um so weniger, da die Quellen die Verzichtbarkeit jener Exceptio offenbar als etwas ganz Selbstverständliches behandeln. Bestätigt wird diese Auffassung durch *c. 4 de his quae vi (2. 20)*[1]:

> *Si per vim vel metum mortis aut cruciatus corporis venditio a vobis extorta est et non postea eam consensu corroborastis, — quadrupli condemnationem referetis.*

Die hiedurch festgestellte Regel erleidet aber eine Ausnahme, durch welche eine Reihe der wichtigsten Exceptionen ausserhalb ihres Bereiches treten. Unverzichtbar sind nämlich alle diejenigen Exceptionen, deren Verzichtbarkeit einem öffentlichen oder vom Gesetzgeber für öffentlich gehaltenen Interesse entgegen wäre. Unter diese Kategorie gehören vor Allem die *exceptiones SC Macedoniani* und *Vellaeani*, deren polizeiliche Zwecke durch Zulassung des Verzichts regelmässig vereitelt werden würden. Daher wird in *l. 7 § 15 sq. l. 9 pr. de SC. Mac. (14. 6), c. 2. 7 pr. eod. (4. 28)* nur derjenige Verzicht auf die *exceptio SC Macedoniani* für wirksam erklärt, der von dem *parens* oder dem *sui iuris* gewordenen Darlehensempfänger ausgeht. Daher soll ferner nach *c. 22 ad SC Vell. (4. 29)* die Fraueninterzession nur durch Wiederholung der Verbürgung nach zwei Jahren Giltigkeit erhalten können, eine Vorschrift, die gar keinen Sinn hätte, wenn ein blosser Verzicht zum gleichen Ziele führte. In die nämliche Kategorie fallen aber weiter meines Erachtens auch die *exceptiones rei iudicatae* und *iurisiurandi*, wiewohl es hier an ausdrücklichen Zeugnissen fehlt; denn das Interesse des Staats an der Autorität des Urteils und der Heiligkeit des Eids[2]) erlaubt nicht, dass der Erfolg des Urteils oder des

[1]) Dagegen dürfen *c. 2 eod.* und *c. 4 de n. n. pec. (4. 30)* nicht hieher gezogen werden, weil in diesen Stellen das Gewicht offenbar auf der Beweis- und nicht auf der Rechtsfrage liegt. Vgl. übrigens Bähr, Anerkennung S. 190 ob., S. 191.

[2]) *Stari enim religioni debet: l. 21 de d. m. (4. 3), l. 28 i. f. de iureiur. (12. 2), l. ult. de in lit. iur. (12. 3).* Hinsichtlich des Urteils könnte man sich auf die Analogie der Entscheidung in *l. 20 § 1 de*

Eids zum Gegenstande eines Privatgeschäfts, vielleicht gar eines Handels gemacht werde.

Eine Regel, welche die Hälfte ihrer Bedeutsamkeit durch eine Ausnahme einbüsst! Mit diesem armseligen Resultat schliesst die Nachforschung nach materiellen Eigentümlichkeiten der Exceptionswirkung. Wahrlich, Paulus hatte guten Grund, zu sagen *(l. 112 de R. J.)*:

> *Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur,*

und wir stellen uns unbedenklich auf die Seite derjenigen, welche, statt an diesem Satz zu deuten und zu mäkeln, ihn für das nehmen, was er praktisch im Grossen und Ganzen ist: für einfache Wahrheit [1]).

---

d. m. berufen, wenn nicht die Beweiskraft dieser Stelle durch die widersprechende *l. 25 eod.* geschwächt würde.

[1]) Die neuere Literatur siehe bei Birkmeyer in der Einleitung. Von ältern Anhängern der im Text verteidigten Lehre führe ich an: *Titius, ius privatum Rom. Germ. I. 8, 31. Obs. Lauterb. 1141, p. 750* (letzteres Citat nach Hummel), *Thomasius, notae ad institutiones III. 30. IV. 13.*

Schluss.

Die Ergebnisse der vorstehenden Untersuchung für das System des heutigen Rechts können nicht zweifelhaft sein. Unser Recht zerfällt nicht mehr in *ius civile* und *honorarium;* unser Process kennt weder die römischen Formeln noch teilt er die Verteidigungsgründe des Beklagten in solche, die vor, und in solche, die nach der Litiscontestation vorzubringen sind. Ein principieller Unterschied zwischen der materiellrechtlichen Wirkung der Exceptionen und derjenigen der übrigen Tatsachen, welche die Entstehung eines Rechtes hindern oder ein entstandenes vernichten, findet nicht statt, ebensowenig ein durchgreifender Unterschied in irgend einer einzelnen materiellrechtlich erheblichen Beziehung; denn die einzige Folgerung, welche die Römer aus der processualen Selbständigkeit der Exceptionen für das materielle Recht gezogen haben, — die Verzichtbarkeit der Exceptionen unter Lebenden —, ist von einer weitgehenden Ausnahme durchbrochen. Mit zwingender Notwendigkeit sehen wir uns zu dem Schluss gedrängt: die Exceptionen sind dem heutigen Rechte fremd. Eine Ueberzeugung, in der wir mit Albrecht, Brinz, Krüger, Eisele, Zimmermann und Bekker zusammenstehen.

Ist aber der Begriff der Exceptio der einzige, der hienach aus der Theorie des geltenden Rechtes zu verbannen ist? Muss nicht vielmehr der Begriff der verteidigungsweise geltend zu machenden Anfechtbarkeit, den selbst Brinz noch festhält, consequenter Weise gleichfalls auf-

gegeben werden, als mit dem Exceptionsbegriff stehend und fallend?

Der Begriff der Anfechtbarkeit hat Berechtigung, insofern der durch den anfechtbaren Anspruch Bedrohte, wenn er sich ihm entziehen will, den Weg des Angriffs, der Klage beschreiten muss. Unter den Begriff in diesem Sinne fallen die römischen Restitutionsfälle, in welchen weder der Beeinträchtigte noch sein Bürge *ante auxilium habet quam restitutus fuerit, l. 7 i. f. de exc. (44. 1)*, fällt ferner höchst wahrscheinlich die Inofficiositätsquerel, die nach *l. 8 § 13 de inoff. test. (5. 2)* von dem mit der *hereditatis petitio* Belangten *in modum contradictionis*, d. h. wohl: nicht im Wege der Exceptio, sondern im Wege der Widerklage, der *contravindicatio* vorzubringen war. Wo aber der dem angeblich bloss anfechtbaren Rechte Unterworfene den sogenannten Anfechtungsgrund unmittelbar zur Verteidigung benutzen kann, da ist in Wahrheit kein Anspruch, keine Zwangsbefugniss und folgeweise — wenn das Recht nicht noch andere Ansprüche und Zwangsbefugnisse umfasst, die nicht verteidigungsweise angefochten werden können — auch kein Rechtsgeschäft vorhanden. Denn Sollen und Nichtsollen, Müssen und Nichtmüssen sind Widersprüche, die keine noch so subtile Dialektik zu vereinigen im Stande ist; ein Rechtsgeschäft aber ist Rechtsgeschäft nicht bloss durch den Willen, sondern wesentlich auch durch die Fähigkeit Rechtswirkungen hervorzubringen[1]; ein Geschäft also, das Ansprüche erzeugen will und nicht erzeugen kann, ist einstweilen kein Rechtsgeschäft, wenn es auch möglicher Weise durch den Hinzutritt anderweiter Tatsachen, wie namentlich durch Genehmigung, rechtlich erheblich und damit zum Rechtsgeschäft werden kann. Daher machen alle jene Exceptionen, die man auf Anfechtungsrechte zurückzuführen pflegt, wie die *exceptio metus, doli, redhibitionis* u. s. w., den Anspruch, dem

---

[1]) Vgl. Schlossmann, zur Lehre vom Zwange S. 11 fgg. und die daselbst S. 16 angeführten Stellen: *l. 2 § 1 test. quemadm. (29. 3), l. 24 de statulib. (40. 7), l. 4 § 6 de re iudic. (42. 1), l. 1 § 2 quod quisque iuris (2. 2).*

sie entgegenstehen, zum Nichtanspruch[1]), und anfechtbar kann man die betreffenden Rechtsgeschäfte nur insofern nennen, als sie etwa Wirkungen hervorbringen, die nur durch die angriffsweise Anfechtung beseitigt werden können. Man hat den Römern den Satz imputirt, dass jede angriffsweise durchzuführende Anfechtbarkeit auch verteidigungsweise geltend gemacht werden könne. Es soll dieser Satz hervorgehen aus *l. 156 § 1 de R. J. (Ulpian):*

Cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit.

Ulpians Regel hat in zwiefacher Bedeutung einen guten Sinn. Richtig ist nämlich erstens: wer den besitzenden Gegner in jedem Augenblicke rechtlich zur Herausgabe nötigen kann, muss gegen die *ipso iure* begründete Actio des nicht besitzenden Gegners durch Exceptio geschützt werden; sonst würde das Hin- und Herklagen kein Ende nehmen. Dies ist die Nutzanwendung, die Ulpian von seiner Regel in dem Zusammenhange, in welchem er sie aufgestellt hat, zieht, *l. 1 § 4 de superfic. (43. 18);* vielleicht wollte er sie nur in diesem Sinne verstanden wissen. Richtig ist sie aber auch zweitens in Anwendung auf die in § 14 von uns besprochenen Liberationsactionen; denn allerdings war, nachdem diese Ansprüche zu Rechten auf Feststellung der Nichtexistenz eines Anspruchs geworden waren, der Schluss von der Actio auf die Exceptio ein sehr berechtigter. Sobald man hingegen den Grundsatz der *l. 156 § 1* auf das Gebiet der Anfechtbarkeit hinüberspielt, gewinnt derselbe die absurde Bedeutung: wer von einer Verbindlichkeit kraft Rechtens (durch Actio) frei werden kann, der ist schon von derselben (durch Exceptio) frei.

Wir sehen daher, es gibt nur eine Art materiellrechtlicher Verteidigung: Verneinung der Existenz des erhobenen Anspruchs. Alle Verteidigung besteht darin, dass entweder der Eintritt von Entstehungsvoraussetzungen

---

[1]) Bezüglich der Einrede der Compensation vgl. die in der Beilage gegebene Auslegung der *l. 10 pr. de compens. (16. 2).*

des Klaganspruchs geläugnet oder der Eintritt von Erlöschungsgründen desselben behauptet wird. Die Ausdrücke „Nichtigkeit“ und „Nichtigkeitsgrund“ können dabei als praktisch bequem und unschädlich festgehalten werden, soferne man nur nicht aus dem Auge verliert, dass „Nichtigkeitsgrund“ eine Bezeichnung ist für das contradictorische Gegenteil gewisser Entstehungsvoraussetzungen des Rechts, „nichtiges Rechtsgeschäft“ eine solche für das wegen eines Nichtigkeitsgrunds nicht zu Stande gekommene Rechtsgeschäft. Selbst den Begriff der relativen Nichtigkeit kann man rechtfertigen, da ja der Mangel einer Voraussetzung ein Geschäft unfähig machen kann, diesen Anspruch, es aber befähigt lassen kann, jenen Anspruch zu erzeugen oder zu vernichten [1]). Ganz unhaltbar aber sind alle die Begriffe, welche darauf ausgehen, das Unmögliche möglich zu machen: ein Mittelding herzustellen zwischen Sein und Nichtsein des Rechts.

---

1) Man nehme z. B. die Verschiedenheit der Wirkung einer Tradition auf die Rechtsverhältnisse des Tradenten und des Empfängers, je nachdem sie einem der folgenden Nichtigkeitsgründe unterliegt: Wahnsinn, Nichteigentum des Tradenten, *SC Vellaeanum* (*l. 39 § 1 de r. v.*), Zwang, Betrug u. s. w.

Beilage.

Ueber den Satz *ipso iure compensatur.*

Alle bisherigen Untersuchungen über den Satz *ipso iure compensatur* gehen von der Voraussetzung aus, dass der Ausdruck *ipso iure* in sämmtlichen Quellenzeugnissen, die man als auf den Satz bezüglich anzusehen pflegt, in einer und derselben Weise verstanden werden müsse. Diese Voraussetzung ist, wie ich glaube, erweislich falsch.

Wir haben in § 10 gesehen, dass die Worte *ipso iure* ihre Bedeutung durch den Gegensatz erhalten, in welchem sie gebraucht sind: ein Gegensatz, der regelmässig in jedem einzelnen Falle erst aus dem Zusammenhang ermittelt werden muss. Diese besondere Ermittlung ist meines Erachtens nur dann überflüssig, wenn die Worte in einem Rechtssprichwort stehen. Nun ist der Satz *ipso iure compensatur* als Rechtssprichwort den Quellen fremd. Das Kennzeichen des Sprichworts ist, dass es überall in der gleichen Form wiederkehrt. So finden wir z. B. das Sprichwort *impensas necessarias dotem ipso iure minuere*“ in Pandekten und Institutionen neunmal[1]) bis auf ganz geringfügige Abweichungen gleichlautend wiederholt; namentlich erleiden die wesentlichen Worte *dotem ipso iure minuere* in keiner der Stellen andere Veränderungen als die durch den Satzbau ge-

---

[1]) *§ 37 J. de act. (4. 6), l. 61 de ritu nupt. (23. 2), l. 56 § 3 de iure dot. (23. 3), l. 5 § 2 de pact. dot. (23. 4), l. 5 pr. l. 7 de impens. (25. 1), l. 1 § 4. l. 2 pr. l. 5 de dot. prael. (33. 4).*

botenen. Damit vergleiche man nun die Ausdrucksweise der sechs Stellen, aus denen der Satz *ipso iure compensatur* hervorgehen soll.

l. 4 de compens. (*16. 2*), *Paulus*:
ipso iure eo minus fideiussorem debere quod ex compensatione reus retinere potest.

l. 10 pr. eod., *Ulpian.*:
desinere nos invicem esse obligatos ipso iure, compensatione facta; und weiter: *compensationem factam videri et ipso iure invicem liberationem.*

l. 21 eod. Paul.:
id quod invicem debetur, ipso iure compensari.

c. 4 eod. (*4. 31*) *Alexander*:
ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet.

c. 14 eod. Justinian.:
compensationes — ipso iure fieri sancimus.

§ 30 J. de act. (*4. 6*):
compensationes — actiones ipso iure minuant.

Ist der Gedanke an ein Rechtssprichwort mit solcher Verschiedenheit des Ausdrucks vereinbar?

Aber, möchte man einwenden, wenn unser Satz auch keine Parömie ist, so spricht doch der Umstand, dass die Worte *ipso iure* mit Bezug auf dasselbe Rechtsverhältniss in ähnlicher Verbindung gebraucht werden, dafür, dass sie hier überall im gleichen Sinne zu verstehen sind. Ich will das gar nicht bestreiten. Aber ist diese Wahrscheinlichkeit bei einem Ausdruck von so wechselnder Färbung, wie der vorliegende, an sich sehr gross? Ist sie ferner so gross, dass sie uns veranlassen darf, die einfache und ungezwungene Deutung der Quellen, wie sie sich aus dem Inhalt der einzelnen Zeugnisse ergibt, zu verwerfen und an deren Stelle eine gekünstelte und in sich unwahrscheinliche zu setzen? Es verschwindet aber jene Wahrscheinlichkeit vollends ganz durch folgende Erwägung.

Paulus in *l. 21 cit.* und Alexander in *c. 4 cit.* be-

richten uns, so weit wir sehen können, das *ipso iure compensari* oder *pro soluto compensationem haberi* als etwas, das in allen Fällen gelte, in denen die Compensation überhaupt zugelassen werde [1]). Nun wissen wir mit Sicherheit, das zur Zeit des Paulus und Alexander die Compensation sei es *officio iudicis* sei es *per exceptionem doli* (*§ 30 J. de action.*) jeder *actio in personam* gegenüber gestattet war. Justinian aber kündigt in *§ 30 J. cit.* sein *compensationes actiones ipso iure minuere* als eine Neuerung an nicht nur, wie man behauptet hat, für die Compensation gegenüber den *actiones in rem*, sondern auch für die gegenüber den *strictae actiones in personam.* Dies muss Jedem, der den *§ 30* ohne Voreingenommenheit betrachtet, in die Augen springen.

> *Sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant, sive in rem sive in personam sive alias quascunque.*

So drückt sich, wie mir scheint, ein Gesetzgeber nicht aus, wenn seine Reform eine Erweiterung des Compensationsrechts nur für die *actiones in rem*, für alle übrigen Actionen dagegen — und es sind dies ja die weitaus meisten und in dieser Lehre wichtigsten — wegen des Zusatzes „*quae iure aperto nituntur*" eine Einschränkung desselben mit sich bringt. Wir haben aber sogar eine ausdrückliche Bestätigung dafür, dass die *ipso-iure*-Minderung der Actio in Justinians Sinne eine Neuerung auch für gewisse *actiones in personam* war. Theophilos [2]) nämlich exemplificirt die Reform nicht etwa an einer *actio in rem*, sondern gerade an einer *actio in personam:* οἷον, ἔχει τις κατ' ἐμοῦ ἀγωγὴν ἢ *strictam* ἢ καὶ *bonae fidei* κτἑ, und beweist dadurch unwidersprechlich, dass auch für diese letzteren Actionen oder einen Teil derselben die *ipso-iure*-Minderung eine Aenderung des bisherigen Rechtszustands bedeutete.

---

[1]) Die Stellen für interpolirt oder verstümmelt zu halten, haben wir nicht die geringste Ursache.

[2]) *ed. Reitz II. p. 820.*

Hieraus ergibt sich, dass Paulus und Alexander einerseits und Justinian andererseits das *ipso iure* in verschiedenem Sinne verstanden haben müssen; und, wenn wir daher von dem Versuch ablassen, die obigen sechs Stellen unter einen Hut zu bringen, so verdienen nicht etwa wir den Vorwurf, dass wir Zusammengehöriges auseinanderreissen; sondern umgekehrt: wer jenen Versuch macht, will erwiesener Massen Widerstrebendes zusammenzwingen.

Dies zur Rechtfertigung des Standpunkts der nun folgenden Quelleninterpretation.

I. l. 21 de compens. Paul.:

> *Posteaquam placuit inter omnes id, quod invicem debetur, ipso iure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.*

Hier wird uns mit dem „*quia nihil compensat etc.*“ der Gegensatz, in welchem *ipso iure* verstanden sein will, ausdrücklich angedeutet. Ein Blick auf den Rechtszustand, welcher vor dem in *§ 30 J. cit.* erwähnten Rescript M. Aurels in den *stricta iudicia* herrschte, wird genügen, um diese Andeutung richtig zu würdigen.

Nach dem Zeugnisse Justinians in *§ 30 cit.* soll dieses Rescript die Compensation mittels *doli exceptio* in den *iudicia stricta* eingeführt haben. Theophilos erläutert dies näher dahin, dass es den Judex ermächtigt habe, auf Grund der opponirten Exceptio den compensirenden Beklagten in eine um die Gegenforderung geminderte Summe zu condemniren. Sollte nun vorher im Bereich dieser Judicien Compensation überhaupt nicht stattgefunden haben? Von den Forderungen gewisser besonders qualificirter Personen wissen wir bekanntlich das Gegenteil: Gaius, *IV. 64. sqq.*, berichtet uns von dem *agere cum compensatione* des *argentarius* und dem *cum deductione* des *bonorum emptor*. Aber im Uebrigen? Auch hier wird die Compensation nicht nur nicht selten, sondern sogar die Regel gewesen sein, es müssten denn die Römer ein eigenes Vergnügen am unnützen Hin- und Herzahlen gefunden haben. Allein freilich: ein Recht auf Compensation

hatte — ausser dem *argentarius*, dem *bonorum emptor* und deren Schuldnern — Niemand. Compensirt wurde also hier nicht schon kraft Rechtens *(ipso iure)*, sondern durch Willenseinigung der Parteien: durch gegenseitiges *pactum de non petendo* oder durch gegenseitige Acceptilation; und es ist sehr wahrscheinlich, dass schon vor M. Aurel eine vorgeschützte *exceptio doli* [1]) dem Judex die Macht gab, zwar nicht die Condemnationssumme zu mindern, wohl aber dem Kläger die Auflage zu machen, bei Vermeidung der Absolution zur Compensation in diesem Sinne mitzuwirken [2]).

Wie nun, wenn bei solchem Rechtszustande der Procurator eines Abwesenden gerichtlich oder aussergerichtlich einem Gläubiger seines Principals gegenüber mit dessen Gegenforderungen compensiren wollte? Das Recht der Acceptilation oder des formlosen Erlasses hatte der Procurator bezüglich der Forderungen seines Principals nicht. War er bevollmächtigt, so konnte allerdings dem Gegner aus dem mit ihm abgeschlossenen *pactum* eine *exceptio* erwachsen; aber bei dem *procurator absentis* war ja die Fortdauer des Mandats immer ungewiss: *multis enim casibus ignorantibus nobis mandatum solvi potest, vel morte, vel revocato mandato. fr. Vat. 333.* Wie war zu helfen? Einfach dadurch, dass der Procurator *cautio de rato* stellte, sich vom Gegner dessen Schuld an den Principal promittiren liess und alsdann dieselbe acceptiferirte. Durch diese Manipulation kam der Gegner genau in die gleiche Lage wie ein Beklagter, der, von einem Stellvertreter seines Gläubigers belangt, von demselben *cautio de rato* erhalten, alsdann *litem* contestirt und Absolution erwirkt hat.

Nun zu unserer Stelle. Das Rescript M. Aurels war seit einer grössern oder geringern Zahl von Jahren in Geltung und hatte bewirkt, dass nun nicht mehr nur zwischen dem Argen-

---

[1]) Das Fundament dieser und der M. Aurel'schen *exceptio doli*, über welches so viel gestritten wird, ist in *c. 6 h. t.* ausdrücklich angegeben: *non enim prius exsolvi quod debere te constiterit aequum est quam petitioni mutuae responsum fuerit.*

[2]) Dernburg, Compensation S. 184. 186.

tarius, resp. *bonorum emptor* und deren Schuldnern, sondern unter allen Arten von Personen die Compensation *ipso iure* stattfand, d. h. ohne dass eine Willenseinigung unter den Parteien erfordert war: *placuit* [1]), *inter omnes id, quod invicem debetur, ipso iure compensari.* Ein *procurator absentis* will compensiren. Der Gegner verlangt in altgewohnter Weise *cautio de rato.* Der Procurator weigert dieselbe. Die Sache kommt vor den Juristen. Dieser entscheidet: seitdem zur Compensation nicht mehr die Zustimmung beider Teile erfordert ist, braucht es der *cautio de rato* nicht mehr, weil ja die Compensation nun nicht mehr durch Acte der Parteien stattfindet, sondern vielmehr durch den Judex, der auf Grund der *exceptio* die Condemnationssume herabsetzt, weil also der Procurator nichts compensirt, sondern vielmehr der Betrag der Actio durch die dem Principal zustehende *doli exceptio* von allem Anfang an gemindert wird, — *quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.*

So einfach, klar und sachlich erscheint der Entscheidungsgrund des Paulus, wenn man die Stelle unter dem richtigen Gesichtspunkt betrachtet.

II. C. 4 de compens. Alex.:

> *Si constat pecuniam invicem deberi, ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, eiusque solius quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit.*

Hier steht das *ipso iure* in ähnlicher Bedeutung wie im eben besprochenen Falle.

Eine Partei hatte sich gegen die sogenannte Rückziehung der Compensation mit der Behauptung verwahrt, dass solche ohne ihre Zustimmung nicht statthaft sei. Der Kaiser rescribirt: die Compensation muss schon von Rechtswegen, d. i. auch wenn der eine oder andere Teil dies nicht will, an Zahlungsstatt gelten von der Zeit an, wo sich die Forderungen compensabel gegenüberstehen.

---

[1]) Die Interpunction nach Brinz, Dernburg und Ubbelohde.

Wie bezeichnend ist dies viel besprochene und viel missverstandene *pro soluto haberi!* Der Kaiser will dem Supplicanten die Augen darüber öffnen, dass durch die anscheinende Rückziehung keinem Teile Unrecht geschieht, weil sich ja beide Teile schon im ersten Momente des *invicem deberi* genau in der gleichen Vermögenslage befinden, wie wenn sie sich gegenseitig den concurrenten Betrag ausgezahlt hätten.

III. l. 10 pr. de comp. Ulp.

> *Si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus, dicendum est desinere nos invicem esse obligatos ipso iure*[1]*, compensatione negligentiae facta. Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam negligentiam exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri et ipso iure invicem liberationem.*

Man möchte bei dieser Stelle zunächst an den Satz denken, dass im *b. f. iudicium* die Compensation *officio iudicis* stattfindet, wo dann *ipso iure* zu übersetzen wäre: ohne dass es der Einrückung einer Exceptio bedarf. Allein es ist erstens nicht abzusehen, warum Ulpian jenen allgemein bekannten Satz gerade hier so auffällig zweimal hätte betonen sollen; und zweitens bleibt bei dieser Auffassung die meines Erachtens unverkennbar vorhandene Beziehung des *compensationem factam videri* zu der *ipso-iure-liberatio* unerklärt. Ich halte daher die nachfolgende Interpretation für die richtige.

Die Stelle hat, wie mir scheint, den Gedanken zur Grundlage, dass die Compensation und somit auch die Liberation beider Teile sich durch das blosse Gegenüberstehen der beiderseitigen Forderungen *ipso iure*, d. h. *sine facto hominis* vollziehe.

Diese Deutung, früher nicht selten, wird freilich von der neuern Jurisprudenz fast einstimmig verworfen. Ein ganzes Arsenal von Gründen wird gegen dieselbe ins Feld geführt.

---

[1]) Die Interpunction nach Brinz und Dernburg.

Die Compensation, sagt man, finde nach römischer Ansicht in Kraft des *officium iudicis* und also nicht schon durch das Dasein der Gegenforderung statt; dieser Grund beweist zu viel; denn — um von anderm zu schweigen — die Exceptionen z. B. werden *officio praetoris* erteilt, ohne dass desshalb jemals behauptet worden ist, dass sie erst im Moment ihrer Erteilung Wirksamkeit äussern. Ferner: Die Wirkungen der Compensation würden in den Quellen davon abhängig gemacht, dass der Schuldner compensire, dass er also ein ihm zustehendes Recht ausübe; allein bekanntlich ist unendlich oft wie von einem *compensare posse, compensationem opponere posse* u. dgl., so auch von einem *excipere, exceptionem opponere, exceptione summovere posse* die Rede, wobei den Juristen lediglich deren Vorschützung im Processe vorschwebt; nur insofern — dies soll nicht bestritten werden — kann die Compensation allerdings als durch die Erklärung einer Partei bedingt vorgestellt werden, als von letzterer die Fortdauer der durch die Coexistenz der Forderungen hervorgebrachten Wirkung abhängt: *erit arbitrii eius, utrum compensare an petere velit, l. 1 § 4 de contr. tut. (27. 4).* Weiter führt man an: wenn der Richter die Compensation nicht beachte, so bleibe dem Schuldner seine Gegenforderung erhalten.[1]. Endlich: die Correalobligation erlösche in der Regel nicht vollständig dadurch, dass der eine Correus eine Gegenforderung habe.

Alle diese Einwürfe sind Einwürfe überhaupt nur dann, wenn man dem Ulpian mehr in den Sinn legt als er sagen will. Ulpian behauptet allein dies: dass die beiden Parteien durch das blosse *invicem debere* aufhören ihre gegenseitigen Schuldner zu sein.

Und die Richtigkeit dieser Behauptung, welche überdies von Theophilos (*ἅμα τῷ ἀντεποφειληθῆναι ἡ κατ᾽ ἐμοῦ ἀγωγὴ μειοῦται*) bestätigt wird, kann gar nicht bestritten werden gegenüber dem ausdrücklichen Wortlaut der *l. 108 de R. J.*:

---

[1]) Dies Argument ist eigentlich ein schlagendes Gegenargument gegen das vorige; denn es beweist, dass auch das *compensare* des Schuldners nicht immer ausreicht, um die Gegenforderungen definitiv zu tilgen.

Debitor intelligatur is, a quo invito exigi pecunia potest.

Ob dadurch, dass die eine Partei gleichwohl freiwillig zahlt oder dass der Richter *compensationis rationem non habet*, die in diesem Sinne eingetretene Liberation wieder aufgehoben werde, ob ferner der eine *correus debendi* sich auf die Gegenforderung des andern berufen könne, — das sind Fragen, an deren Entscheidung Ulpian hier gar nicht denkt und nicht zu denken braucht; nur das sollte festgestellt werden, dass von allem Anfang an keine Partei gegen die andere mehr ein Recht auf Zahlung hat. Diese Feststellung aber ist von grosser praktischer Bedeutung, weil aus ihr und nur aus ihr folgt, dass die *condictio indebiti* nicht bloss demjenigen zusteht, der compensirt hat, sondern auch demjenigen, der compensiren kann, — eine Folgerung, die Ulpian in dem unmittelbar folgenden *§ 1* wirklich zieht:

Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto.

Warum Ulpian seinen Satz gerade an den Fällen unserer Stelle exemplificirt? Die Frage ist nicht schwer zu beantworten. Er hatte denselben sicherlich bereits vorher vorgetragen und mit Beispielen belegt. Nun berührte er den Zweifel, ob denn auch gegen solche Forderungen, die aus einer Pflichtverletzung stammen [1]), die Compensation sich ohne den Willen des Verletzten vollziehe. Nachdem er in unserm *pr.* diesen Zweifel mit Bezug auf Contractsklagen beseitigt hat,

---

[1]) Unter der *par negligentia* im Eingang der Stelle verstehe ich — mit fast allen Interpreten — einfach eine *negligentia, quae pari quantitate aestimatur*, und nicht mit Dernburg eine gleichgradige Nachlässigkeit, ohne desshalb behaupten zu wollen, dass diese letztere für die Haftungsverhältnisse der Gesellschafter nicht ebenfalls von Bedeutung sei. (Wenn z. B. beide *socii* der eine dieses, der andere jenes Handelsbuch gleich lüderlich führen, und nun wegen der Buchführung des einen ein wichtiger Process verloren geht, wäre es schreiende Ungerechtigkeit, ihn dem andern zu Schadenersatz zu verurteilen. A. M., aus ungenügenden Gründen, Demelius, Jahrbb. f. Dogm. V. S. 54 fgg., und Ubbelohde, über den Satz *ipso iure comp.* S. 106 fgg.)

geht er in *§ 2* noch weiter, indem er die Compensation auch gegenüber Delictsklagen zulässt, und wendet sich in *§ 3* zu einem dritten zweifelhaften Fall, der Compensation bei den *stipulationes praetoriae*.

Ich habe absichtlich die Interpretation der *c. 4 h. t.* derjenigen der *l. 10* vorausgeschickt, um zu zeigen, dass die erstere Stelle sich vom Standpunkte der herrschenden Meinung vollkommen befriedigend erklären lässt. Es bedarf keiner näheren Ausführung, dass und wie die *c. 4* auch auf Grund des aus *l. 10* gewonnenen Resultats erklärt werden kann.

IV. l. 4 de comp. Paulus.

> *Verum est quod et Neratio placebat et Pomponius ait, ipso iure eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest; sicut enim quum totum peto a reo, male peto, ita et fideiussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem quam reus condemnari potest.*

In dieser Stelle darf bei dem *ipso iure* am allerwenigsten an den Gegensatz der Exceptio gedacht werden; denn wenn auch Neratius und Pomponius der Meinung gewesen sein könnten[1], dass der Bürge für eine Schuld aus *b. f.* Contract zu seinem Schutze keiner Exceptio bedürfe — weil eben der Hauptschuldner selber hier ohne solche sicher war —, so kann doch unmöglich Paulus dies als allgemeine Regel für seine Zeit adoptirt haben, in welcher der Hauptschuldner oft *per exceptionem doli* compensirte. Wo fände sich ein zweites Beispiel einer für den Hauptschuldner unentbehrlichen Exceptio, die beim Bürgen für überflüssig erklärt wird?

Der wirkliche Gegensatz zu dem *ipso iure* liegt aber hier so ausserordentlich nahe, dass man sich über die grosse Zahl der Missdeutungen, welche der *l. 4* zu Teil geworden sind, billig verwundern darf. Was ist der erste, der nächste Zweifel, der uns aufsteigt, wenn wir uns fragen, ob der Bürge

[1]) Für sehr wahrscheinlich halte ich das übrigens nicht: man vgl. *l. 3 de rescind. vend. (18. 5)*. Dies gegen Eisele, S. 72 *n. 17*.

Einreden des Hauptschuldners benutzen dürfe? Ich sollte meinen, der: kann er es ohne Einwilligung des Hauptschuldners? Mehr als einmal kommen die Quellen auf diese Frage zurück.

l. 19 de exc. (44. 1)

Omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque, etiam invito reo, competunt.

l. 15 pr. de fideiuss. (46. 1)

Si — nollem eum exceptione uti, — fideiussori, etiam invito me, exceptio dari debet.

l. 32 pr. eod.

Ex persona rei, et quidem invito reo, exceptio (et cetera rei commoda) fideiussori ceterisque accessionibus competere potest.

Nun vergleiche man die Stellen, die ich S. 94 fgg. angeführt habe, sehe, wie oft daselbst *ipso iure* in der Bedeutung von „*etiam invito aliquo*" gebraucht ist, und zweifle dann noch über die Bedeutung des Ausdrucks in unserer *l. 4*, deren einfacher Sinn ist: die Verbindlichkeit des Hauptschuldners mag entspringen aus welchem Contract sie wolle, immer ist, sofern er compensiren kann, auch die Schuld des Bürgen, ohne dass es der Zustimmung jenes bedürfte, um den compensabeln Betrag verringert.

V. c. 14 pr. h. t. Justinian.

Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda.

§ 30 J. de action.

— Sed et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant, sive in rem sive in personam sive alias quascunque.

Ich habe im § 7 die Gründe angegeben, aus welchen ich diejenige Meinung für richtig halte, die den Exceptionen auch

noch im Justinianischen Processe eine Sonderstellung zuweist. Waren nun in der Tat die Exceptionen auch damals noch *ante litem contestatam* vorzubringen, so hatte es seinen guten Sinn, wenn ein Einwand gesetzlich von dem Exceptionscharakter befreit wurde. Eben dies geschieht in unsern Stellen mit der Compensationseinrede gegenüber den *strictae actiones in personam* und den *actiones in rem*, und *ipso iure* heisst daher hier: ohne dass es einer Exceptio bedarf[1]). Diese Auslegung rechtfertigt sich in den Institutionen durch den unmittelbar vorhergehenden Gegensatz der *opposita doli mali exceptio*, in dem Codex durch die Wendung „*compensationes ex omnibus actionibus fieri*“. Denn mit diesem *ex* wird offensichtlich die *actio* als die Quelle bezeichnet, aus welcher der Judex seine Legitimation zum Compensiren schöpfen soll; was vorher nur bei den *b. f.* Judicien Rechtens war, soll nun überall gelten: die Compensation soll überall schon auf Grund der *actio* geschehen dürfen. Ausdrückliche Bestätigung findet unsere Deutung bei Theophilos, welcher Justinians Reform dem Rescripte M. Aurels direct entgegenstellt[2]):

> *Ταῦτα μὲν οὖν ἐκ τῶν παλαιοτέρων διατάξεων* (er hat vorher von keiner andern *διάταξις* als der des M. Aurel gesprochen)· *ἡ δὲ τοῦ ἡμετέρου βασιλέως παρακελεύεται διάταξις, τὰς σαφεῖς καὶ ἀναμφιβόλους κομπεσσατίωνας ipso iure μειοῦν τὴν ἀγωγήν, εἴτε in rem ἐστὶν εἴτε περσοναλία.*

Erst unter dem hiemit gegebenen Gesichtspunkt gewinnt auch der vielbesprochene *§ 1* der *c. 14.* die gehörige Beleuchtung:

---

[1]) So auch Wieding, Libellprocess S. 220 fg., Bekker, II. S. 357 fg., und A.

[2]) Man darf sich durch die von Theophilos — einige Zeilen nach dem im Text abgedruckten Satz — aufgestellte Regel „*αὐτῷ τῷ νόμῳ ἅμα τῷ ἀντεποφειληθῆναι ἡ κατ' ἐμοῦ ἀγωγὴ μειοῦται*“ nicht etwa verführen lassen, Justinians Neuerung in Verbindung mit der sogenannten Rückziehung der Compensation zu bringen, von der wir ja wissen, dass sie schon in den Zeiten der Severe anerkannt Rechtens war. Theophilos benutzt nur eben die Gelegenheit, um seinen Schülern den Zeitpunkt der Compensation zu benennen.

der Kaiser, der dem Beklagten die Vorbringung der Compensationseinrede in jedem Stadium des Processes gestattet hatte, fand es eben darum notwendig, chicanösen und weitaussehenden Compensationseinreden einen gesetzlichen Damm entgegenzustellen. —

Dies das Ergebniss unserer Quelleninterpretation. Ich fasse dasselbe dahin zusammen: der praktisch so gänzlich bedeutungslose Streit über den Sinn des Satzes *ipso iure compensatur* findet in der Theorie nur darum kein Ende, weil diese den Ausdruck *ipso iure*, welcher hier wie sonst aus dem Zusammenhang gedeutet werden muss, gewaltsam überall in derselben Weise verstehen will.

Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. in Altenburg.